

Diálogos de Derecho y Política

NÚMERO 38 // AÑO 14 // MAYO – AGOSTO DE 2024 // ISSN 2145-2784



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA
1803

Revista electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia - Medellín, Colombia
www.udea.edu.co/revistadialogos

Revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*

© Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
ISSN 2145-2784

Rector
John Jairo Arboleda Céspedes

Decana
Ana Victoria Vásquez Cárdenas

**Coordinadora de publicaciones de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**
Elvira Yannett Ángel Franco

Director-editor
Leyder Humberto Perdomo Ramírez

Contacto
revistadialogos@udea.edu.co
www.udea.edu.co/revistadialogos



Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
<http://derecho.udea.edu.co>
Recepción de correspondencia: calle 70 No. 52 – 21
Medellín – Colombia

Política editorial

Diálogos de Derecho y Política es una revista electrónica de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que se propone contribuir al debate alrededor de los asuntos propios del Derecho y la Política mediante la publicación de artículos producto de la reflexión y la investigación en ambas disciplinas.

Esta revista de carácter cuatrimestral está dirigida a politólogos, abogados, profesionales y estudiantes de las ciencias sociales y humanas estudiados de estas temáticas y en ella se publican trabajos de autores nacionales y extranjeros interesados en la promoción y divulgación de su conocimiento mediante una política de acceso abierto, por lo que los autores ceden sus derechos patrimoniales a la revista que podrá reproducir el artículo y distribuirlo por los medios que considere pertinentes para su divulgación.

Los artículos deben ser originales y no haber sido remitidos a otra revista simultáneamente. Recibidos y revisados los aspectos formales por el comité editorial, se designan los pares académicos que evalúan el texto siguiendo el principio de anonimato tanto para el autor como para el evaluador. Los textos que cumplan con el proceso de calidad serán publicados en la revista teniendo en cuenta que los planteamientos expuestos por los autores no comprometen a la Universidad de Antioquia ni a su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

La revista electrónica Diálogos de Derecho y Política autoriza la reproducción total o parcial de los artículos publicados en ella, siempre y cuando se cite la fuente y sea con fines académicos. Asimismo, permite el acceso abierto a su contenido, con el objeto de promover la integración del conocimiento y el intercambio global de las experiencias y reflexiones académicas de diferentes investigadores y estudiosos de los temas del Derecho y la Política.

Contenido

Naturaleza jurídica de los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes	4
Tatiana López Echeverri	
Alquiler de Niñas(os) para la mendicidad: el drama invisible en las calles	34
Jairo Adelmo Bernal Mejia	
Prestación humanitaria periódica para víctimas del conflicto armado colombiano: Una aproximación a su desarrollo normativo y jurisprudencial	52
Carlos Hernán Valencia Orozco	
El deber de requerimiento para garantizar el debido proceso administrativo en las solicitudes de visas	78
Roger Adrian Villalba Ortega	
Situación de derechos humanos y securitización en el flujo migratorio: el caso de Ceuta y Melilla 2020-2023.....	98
María Paula Valencia Fajardo	



Naturaleza jurídica de los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes

Tatiana López Echeverri¹

Resumen

El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) contempla un procedimiento para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Para dilucidar la hipótesis de la amenaza o vulneración de los derechos del NNA, este procedimiento encarga a los miembros del equipo técnico interdisciplinario adscrito a las dependencias administrativas que adelanten el trámite la emisión de conceptos técnicos que tienen el carácter de prueba pericial. Esta investigación analiza la naturaleza jurídica de esos conceptos, así como la legitimidad de su regulación de cara a la efectividad de los derechos fundamentales de los NNA y de las demás personas vinculadas al procedimiento.

Palabras clave: NNA, concepto, prueba pericial, procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, debido proceso, derecho de contradicción.

¹ Abogada y especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: lopeze.tatiana@gmail.com
Artículo presentado como trabajo de grado para optar al título de especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia. Este trabajo recibió distinción especial por parte del Consejo de Facultad, mediante resolución 01 de 2024, como mejor trabajado de grado.



Naturaleza jurídica de los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes

Introducción

En Colombia se expidió la Ley 1098 de 2006 (modificada parcialmente por la Ley 1878 de 2018), denominada “Código de la Infancia y la Adolescencia” (CIA). Mediante esta ley se desarrollan los compromisos constitucionales y legales respecto de los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de especial protección (Constitución Política de Colombia, 1991, arts. 44 y 45).

Dentro de las medidas adoptadas en el CIA se encuentra el procedimiento administrativo para el restablecimiento de los derechos (PARD) de los NNA. La regulación de este procedimiento incluye sus fines, las medidas que se pueden adoptar en favor de los NNA, las autoridades competentes (con la advertencia de que este procedimiento involucra tanto a autoridades administrativas como judiciales), los equipos de apoyo a esas autoridades, las etapas del procedimiento, los medios de prueba para comprobar o descartar los hechos tratados y las decisiones a las que finalmente deben llegar las autoridades.

En este orden de ideas, cuando la autoridad competente conozca una situación que vulnere, inobserve o amenace los derechos de los NNA, conforme al PARD, deberá iniciar una investigación, la cual derivará en un acto administrativo contentivo de la decisión respecto de la situación en la que se encuentre el NNA. En caso de confirmarse una amenaza o vulneración, se deberán establecer los medios para prevenir su materialización o profundización. Como es de esperar, este procedimiento fue diseñado con la finalidad de ser lo más expedito posible, dada su naturaleza y finalidad de protección a los NNA.

Entre las funciones de las autoridades administrativas competentes que adelantan el PARD, se encuentra la obligación de ordenar, de oficio, la verificación de las garantías del NNA por parte del equipo técnico interdisciplinario (artículo 52 del CIA). Esta verificación se consigna en un concepto al que se le reconoce, por expresa disposición legal, el carácter de prueba pericial (artículo 79 del CIA). Este tipo de prueba se practica en dos momentos del PARD, a saber, en la etapa de investigación previa, antes del auto de apertura, y en el auto por el cual se decretan pruebas, para posteriormente ser presentadas a las partes en la audiencia de práctica de pruebas.

Sin embargo, el CIA únicamente regula los aspectos estructurales del PARD (artículos 96-108), pero no lo hace en detalle con todas y cada una de las actuaciones que se desarrollan en él, lo que implica la necesidad de referirse a otras codificaciones. Por ejemplo, cuando se trata de pruebas y otras cuestiones como la realización de audiencias, citaciones y

notificaciones, el artículo 100 del CIA establece que el PARD debe atender lo dispuesto en el estatuto procesal civil vigente, en su momento el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) y ahora el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012, CGP).

En este sentido, el CGP es el estatuto que regula en detalle la prueba pericial y, por ende, comprende los conceptos aplicables a los equipos técnicos en el contexto del PARD. Este reglamento abarca aspectos como los contenidos de la prueba, los requisitos que deben cumplirse (claridad, precisión, detalle y fundamentación en metodologías específicas del área), las calidades del perito (idoneidad, experiencia, independencia e imparcialidad), los insumos para la elaboración del dictamen, las posibilidades de contradicción, los criterios de valoración, entre otros aspectos (artículos 226-235 del CGP).

Sin embargo, dado que el PARD es un mecanismo procedimental especializado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en cumplimiento de sus funciones de formular los actos administrativos que permitan la correcta ejecución de los procedimientos con los NNA (los cuales deben ser implementados con observancia del principio del interés superior, la Constitución y la ley), expidió la Resolución 1526 de 2016 (modificada por la Resolución 7547 de 2016), por medio de la cual se aprobó “el lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de NNA con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados”.

La dificultad principal surge porque los lineamientos técnicos del ICBF regulan de manera concreta y específica los conceptos del equipo técnico que interviene en el PARD incluso en aspectos regulados por el CGP en relación con la prueba pericial. Por ejemplo, estas directrices precisan cómo debe de llevarse a cabo la práctica, la metodología que el equipo debe de emplear y los aspectos sobre los que debe pronunciarse (los cuales están dirigidos a la comprobación de las situaciones de inobservancia, vulnerabilidad o amenaza de los derechos de los NNA). Sin embargo, hay discrepancias entre los lineamientos del ICBF y las disposiciones del CGP, lo que complica la concordancia total entre ambas.

Cabe resaltar, como dato adicional, que los lineamientos del ICBF no solo abordan aspectos específicos del concepto del equipo técnico, sino que también regulan otros elementos del PARD. Estos incluyen aspectos como la apertura del procedimiento, los participantes involucrados, los medios de prueba, las facultades discretionales de la autoridad administrativa, los recursos disponibles, los contenidos de la resolución que pone fin al proceso y el envío del expediente al juez en caso de que la resolución sea impugnada, entre otros.

Entonces, por el contraste que marca la regulación de la prueba pericial en el CGP con los lineamientos técnicos del ICBF sobre los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el marco del PARD, surge la pregunta por la naturaleza jurídica de dichos conceptos. Dicho de otro modo, surge la necesidad de determinar si los conceptos

emitidos en el PARD se corresponden o no con las características de las pruebas periciales conforme a las disposiciones del CGP.

Es crucial advertir que cuando en esta investigación se hace referencia a la “naturaleza jurídica” de los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el contexto del PARD no se está abordando una cuestión metafísica. Ante todo, las instituciones jurídicas son fenómenos culturales, es decir, lo opuesto a fenómenos naturales. Por lo tanto, en principio, no es apropiado hablar de su “naturaleza”, ya que esto sería una especie de oxímoron. Sin embargo, en el contexto de esta investigación, la expresión “naturaleza jurídica” se utiliza exclusivamente como un concepto operativo, siguiendo la misma línea que comúnmente se emplea en la jurisprudencia y la doctrina jurídica para referirse a las características y el encuadre de una institución jurídica dentro de un sistema jurídico determinado.

Para abordar la interrogante planteada sobre si los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el ámbito del PARD, y más específicamente, la regulación de estos en los lineamientos del ICBF, se ajustan o no a las características de la prueba pericial según la normativa del CGP, se llevó a cabo una investigación y reflexión de naturaleza cualitativa. Para ello se utilizó el enfoque dogmático-jurídico, fundamentado en la consulta y análisis de fuentes documentales centradas principalmente en la normativa, jurisprudencia y la doctrina especializada.

En desarrollo de todo lo anterior, este trabajo se compone de tres grandes partes: (i) una descripción del PARD, con énfasis en la actividad probatoria, entre ella los conceptos emitidos por el equipo interdisciplinario, (ii) una descripción de las características de la prueba pericial en el CGP, y (iii), una contrastación de las características de los conceptos emitidos por el equipo interdisciplinario en el PARD (según el diseño establecido en el CIA y en los lineamientos del ICBF) con las características prueba pericial a la luz del CGP. Esto se realiza no solo con el propósito de determinar si los mencionados conceptos pueden considerarse o no como pruebas periciales, sino también para establecer el grado de legitimidad que esos conceptos encierran como ejercicio probatorio en los términos del sistema constitucional de garantías, entre las que se destacan muy especialmente para este trabajo el derecho al debido proceso, de defensa y contradicción. Por último, se presentan las conclusiones alcanzadas, acompañadas de algunas sugerencias orientadas a fortalecer las garantías constitucionales en el ámbito del PARD.

1. Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos de los NNA

Con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 y la ratificación del Convenio sobre los Derechos del Niño mediante la Ley 12 de 1991, el país entró en mora legislativa respecto a la regulación de los temas relacionados con la infancia y la adolescencia. Es por ello por lo que, bajo el principio constitucional del interés superior de

los NNA, en el 2006 se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), norma de contenidos sustanciales y procesales que tiene como finalidad:

Garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna. (art. 1)

En aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y la dignidad humana de los NNA, el legislador implementó en el CIA un procedimiento especial que permite verificar el goce efectivo de estos derechos y, en caso contrario, adoptar los correctivos necesarios. Conforme al propósito expresado en el artículo 50 del CIA, este procedimiento, denominado “Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos” (PARD, como se le viene llamando), se centra, como su nombre lo indica, en el restablecimiento de los derechos conculcados a los NNA. Este objetivo se define como “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados” (Ley 1098, 2006). Además, esta finalidad se complementa con lo dispuesto en el artículo 51 del CIA, en el sentido de que el restablecimiento de los derechos de los NNA es una:

[...] responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad.

En este orden de ideas, el PARD ha sido entendido por la doctrina como un procedimiento “a favor de los NNA, [que] materializó el mandato constitucional contenido en los artículos 44 y 45, de garantía y protección de sus derechos desarrollados en la Ley de Infancia y Adolescencia” (Álvarez y Nieves, 2020, pp. 14-15). Esto concuerda con múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que esta corporación resalta el carácter protector de este trámite frente a la amenaza para los derechos de los NNA por la acción u omisión del Estado, la sociedad y la familia:

El proceso de restablecimiento de derechos contemplado en la Ley 1098 de 2006 (Ley de la Infancia y la Adolescencia) se constituye en el conjunto de actuaciones administrativas y/o judiciales que permiten la restauración de los derechos de los menores que han sido desconocidos con el obrar de las instituciones públicas, una persona o, incluso, su propia familia.

Se trata de un trámite que comienza en sede administrativa, como una competencia exclusiva de los Defensores y Comisarios de Familia para investigar la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña o adolescente y adoptar, de manera expedita, las medidas que correspondan para que sea posible superar la eventual situación de desprotección en que se encuentra. (Sentencia T-019/20, 2020)

Por su parte, el ICBF por medio de la Resolución 1526 de 2016 (modificada por la Resolución 7547 de 2016), aprobó “el lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de NNA con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados”. En estos lineamientos también proporciona una definición del PARD y expresa los fines que se persiguen con este trámite. De acuerdo con estos lineamientos, en el PARD “se ordenará a las entidades respectivas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, a través de las medidas de restablecimiento de derechos consagradas para tal fin, las actuaciones que deban ser adelantadas y los términos en que debe darse su cumplimiento” (ICBF, 2016c, p. 12). Todo con el objetivo final de garantizar la efectividad de los derechos de los NNA, mediante la adopción y el despliegue de las actividades enlistadas en el mismo documento, a saber, las:

Acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las Autoridades Administrativas facultadas por la ley restablezcan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos, de acuerdo con sus características y necesidades particulares de cada caso. (ICBF, 2016c, p. 12)

Pues bien, pese a las diferencias entre las distintas formulaciones sobre el significado, fines y alcance del PARD, es posible extraer los elementos comunes a estas formulaciones para crear un concepto operativo. Según este enfoque, el PARD es un procedimiento de carácter mixto, en tanto involucra autoridades de naturaleza administrativa y judicial. Este procedimiento se rige por el principio del interés superior de los NNA, la presunción en favor de la familia biológica y el derecho fundamental al debido proceso, que tiene como fin principal el goce pleno y armonioso de los derechos de los NNA, como la dignidad, la igualdad, la familia y los entornos seguros, conforme a las características y necesidades particulares de cada NNA.

La dirección e impulso del PARD se encuentra a cargo del Estado en general, y de las autoridades competentes en particular, a saber: por un lado, y por regla general, de las autoridades administrativas quienes deban adelantar las acciones facultadas por la ley para superar la desprotección de los NNA, y, por otro lado, de las autoridades judiciales en los eventos en los que el diseño formal y sustancial del procedimiento autoriza la impugnación de las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas.

Por otra parte, cabe aclarar por qué, pese a su denominación, se clasifica al PARD como un procedimiento y no como un proceso. En el marco del derecho procesal, las expresiones proceso y procedimiento son expresiones polisémicas; sin embargo, para los efectos de este trabajo, se parte de la comprensión del procedimiento en el contexto administrativo, mientras que el proceso en el contexto judicial. Así, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional:

Mientras el primero (el proceso judicial) busca la resolución de los conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo (el procedimiento administrativo) tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. (Sentencia C-640/02, 2002)

Ello no quiere decir ni que el procedimiento administrativo prescinda de la consideración por los derechos de los individuos ni que carezca de una decisión que ponga fin al asunto de que se trate, lo que pasa es que logra ambos cometidos de manera y con intensidades muy diferentes a como lo hace el proceso judicial. Por un lado, es claro que el procedimiento administrativo debe observar las condiciones básicas del debido proceso, porque así lo ordena el artículo 29 superior, aunque, como se mostrará más adelante, con algunas particularidades fijas jurisprudencialmente. Por otro lado, también es claro que el procedimiento administrativo termina con una decisión sobre el fondo, en tanto no deja de ser, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, “un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva” (Sentencia C-640/02, 2002).

Entonces, el PARD, como secuencia preordenada y concatenada de actos, se desarrolla a través de unos actos expresamente definidos en el CIA y en los lineamientos técnicos del ICBF (2016c), tal como se los resume a continuación.

El primer acto del PARD es la recepción del caso por parte del personal asistencial de la autoridad administrativa. De acuerdo con lo establecido en el artículo 99 del CIA, esto se fundamenta en la premisa de que cualquier persona puede poner en conocimiento de la autoridad un posible caso de riesgo o vulneración de los derechos de un NNA.

El segundo acto tiene lugar una vez la autoridad competente tiene noticia de la posible amenaza o vulneración de los derechos del NNA. Consiste en emitir un auto mediante el cual le ordena al equipo técnico interdisciplinario la verificación del estado de cumplimiento de los derechos del NNA. Esta actuación tiene carácter urgente, por lo que debe realizarse en un término máximo de diez días, según lo dispone el artículo 52 del CIA. En cumplimiento de esta orden,

el equipo técnico debe verificar el estado psicosocial, nutricional, el entorno familiar, entre otros aspectos fundamentales para el desarrollo del NNA. En este punto, dependiendo de los resultados de la verificación, la autoridad administrativa competente puede llamar a una conciliación con el fin de que las partes puedan autogestionar su relacionamiento (con la aclaración de que en cualquier momento del PARD el funcionario puede intentar la conciliación, al mismo tiempo que debe buscar las redes familiares del NNA).

Si los hallazgos evidencian una situación de inobservancia, amenaza o vulneración de los derechos del NNA, aparece la tercera actuación: la autoridad administrativa debe darle apertura al procedimiento, para lo cual debe emitir un auto que contenga la individualización del NNA, las medidas provisionales tomadas en su favor, el resultado del concepto del equipo técnico y el decreto de las pruebas de oficio. Es importante señalar que esta decisión no admite recursos. Este auto deberá ser trasladado a los representantes legales de los NNA, cuidadores, personas que los tengan a cargo, familia extensa vinculada con el caso, las autoridades tradicionales, etcétera. Es preciso mencionar que el CIA en el artículo 99 dice que se debe incluir una entrevista al NNA, requisito puntual que no es mencionado por los lineamientos técnicos.

La cuarta actuación consiste en la contestación al auto de apertura: dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto, las personas vinculadas al trámite se pueden pronunciar sobre los hechos que dieron lugar al PARD y solicitar las pruebas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 81 y 100 del CIA (este último modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018). Cabe señalar que este procedimiento no le exige a los vinculados que actúen por intermedio de apoderado, sino que lo pueden hacer directamente.

Vencido el término para la contestación del auto de apertura, sigue la quinta actuación: la autoridad administrativa, mediante auto de trámite, debe decretar las pruebas solicitadas por las personas vinculadas (siempre y cuando cumplan las condiciones de admisibilidad) y las pruebas de oficio que no hubieran sido decretadas en el auto de apertura. Por esta razón se le puede ordenar al equipo técnico interdisciplinario los conceptos necesarios a la luz de los hallazgos de la verificación inicial, junto con los parámetros otorgados por la autoridad administrativa y los lineamientos del ICBF, conceptos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 79 del CIA, tiene “el carácter de dictamen pericial”.

Con posterioridad, en la sexta actuación relevante del PARD, la autoridad debe proferir un auto mediante el cual da traslado de las pruebas practicadas antes de la audiencia de pruebas y fallo. Conforme a las reglas establecidas, este traslado debe de hacerse en el término de cinco días. Al término de este traslado, como séptima actuación, la autoridad, mediante auto debidamente notificado, debe citar a audiencia de pruebas y fallo conforme a las reglas del artículo 100 del CIA y del artículo 373 del CGP, todo ello con el fin de que se practiquen las

pruebas que resten, se dé traslado de estas, se pronuncien los alegatos de las personas vinculadas al trámite y se dicte fallo.

El fallo, que en este recuento sería la novena actuación relevante al interior del PARD, debe contener un resumen de los hechos de que se trata, la valoración racional de la prueba (a la luz de las reglas de la sana crítica), las razones de derecho en las que se fundamenta la decisión y las medidas adoptadas (medidas que implican adicionar, confirmar, modificar o revocar las que ya se hubieran adoptado en el auto de apertura). El fallo es susceptible del recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado de manera verbal en la misma audiencia.

Si no se ejerce el recurso de reposición o este es resuelto en el sentido de confirmar el fallo, puede ser impugnado por alguna de las partes o por el agente del Ministerio Público. El propósito de esta impugnación es que el caso sea remitido a los jueces de familia para llevar a cabo el proceso de homologación del fallo.

En resumen, de cara al objeto principal de esta investigación, se identifican dos momentos en los que el equipo técnico interdisciplinario (integrado, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista) emiten conceptos que, conforme al artículo 79 del CIA, se consideran o se les da el tratamiento de pruebas periciales. Según los lineamientos técnicos del ICBF, estos conceptos deberán motivar la parte resolutiva del acto administrativo que decida sobre la existencia o no de la inobservancia, amenaza o vulneración de los derechos de los NNA.

Ahora bien, para los efectos de esta investigación, es necesario concentrar esta descripción en el régimen probatorio de la secuencia preordenada de actos que es el PARD, por lo que se advierten dos grandes momentos en los cuales se despliega el ejercicio probatorio, ejercicio que puede ser entendido, a la luz de la jurisprudencia constitucional, como aquel en el que:

[...] a partir de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico [...] el funcionario busca reconstruir la situación fáctica, con el fin de obtener elementos de juicio suficientes para llegar al convencimiento, y en consecuencia lograr la verdad sobre los hechos materia del proceso. (Sentencia T-916/08, 2008)

Al momento de su regulación, esos momentos procesales son el ejercicio de la potestad discrecional del legislador respecto a la definición de qué y cómo se compone un proceso o procedimiento. Sin embargo, la potestad de configuración del legislador no es absoluta, sino que tiene límites, entre ellos los fijados en la propia Constitución en términos de los componentes del derecho al debido proceso, particularmente en clave de la posibilidad de quienes intervienen en un trámite judicial o administrativo de “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” (Constitución Política, 1991, art. 29), condición

reiterada en repetidas ocasiones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (por ejemplo, en las sentencia C-496/15 de 2015 y C-099/22 de 2022).

En este orden de ideas, la etapa probatoria de un procedimiento como el PARD no solo es el escenario para que la autoridad competente desarrolle sus facultades y obligaciones de cara a la valoración de los hechos que se discuten, sino también el escenario de realización del derecho al debido proceso y, específicamente dentro de él, el derecho a probar de todos los sujetos que intervienen en la actuación.

Pues bien, tal como se dijo, la etapa probatoria del PARD se despliega en dos grandes fases o momentos: el primero durante la etapa inicial, cuando el equipo técnico interdisciplinario adscrito al despacho de la autoridad competente presenta un concepto inicial sobre la verificación del estado de cumplimiento de derechos del NNA, prueba que es el soporte para la apertura o no del procedimiento; y el segundo momento a partir de que se profiere el auto por el cual, de oficio o por petición de alguna de las personas vinculadas al trámite, se decreta y ordena la práctica de pruebas, momento en el cual la autoridad puede ordenar nuevamente la elaboración de conceptos por parte del equipo técnico interdisciplinario.

Sin embargo, para los fines de esta investigación, es necesario concentrar aún más la descripción de la actividad probatoria del PARD en función de los conceptos emitidos por los equipos técnicos interdisciplinarios. Estos conceptos son el resultado de una investigación que deben dar cuenta, al tenor de lo dispuesto en los lineamientos técnicos del ICBF (2016c), “de forma integral, coherente, útil, conducente y pertinente, unas hipótesis de inobservancia, amenaza o vulneración de derechos con unas condiciones psicológicas observables, a fin de apoyar a la Autoridad Administrativa en la toma adecuada de decisiones” (p. 76). Para lograr ese propósito, estos conceptos deben contener, por lo menos, los siguientes aspectos:

- La identificación de quien emite el informe (nombre, profesión, cargo y formación).
- Objetivo de investigación conforme a la solicitud de la autoridad administrativa.
- Resumen del caso y de la impresión diagnóstica emitida (contextualización del lector).
- Personas participantes.
- Antecedentes (información de fuentes primarias y secundarias).
- Proceso metodológico implementado (el enfoque teórico, la técnica, los instrumentos y los tiempos de ejecución).
- Hipótesis formuladas por el o los profesionales.
- Técnicas implementadas para la recolección de la información.
- Resultados (elementos relevantes de cada sistema analizado).
- Conclusiones (relación entre resultados y problema inicial).

En la misma línea, la guía de las acciones del equipo técnico interdisciplinario (ICBF, 2018) define los conceptos como “un informe sobre una opinión experta, el cual será revisado por la autoridad competente para orientar la toma de decisiones” (p. 2). Se complementa esta definición en el sentido de que quienes los elaboran son los equipos técnicos interdisciplinarios que sirven de apoyo a la autoridad administrativa mediante unos “aportes desde los saberes psicosociales que dan estos profesionales frente a casos específicos que son motivo de estudio y de análisis para los operadores jurídicos que se los haya solicitado” (Urrea et al., 2012, p. 11).

Así las cosas, los conceptos deben contener el resultado de las valoraciones realizadas a los NNA, sus familias y la comunidad para determinar, en un primer momento, si se debe iniciar o continuar con el procedimiento y, en un momento posterior, desarrollar o contribuir a dilucidar la hipótesis de inobservancia, amenaza o vulneración de los derechos del NNA.

Ahora bien, en lo que respecta a la composición del equipo técnico interdisciplinario, como se indicó anteriormente, este está integrado:

Por un trabajador social, un psicólogo y un nutricionista, que constatan las condiciones del NNA puesto a disposición de los servicios del ICBF; ya sea por una denuncia o una queja, o cuando se tenga conocimiento, por cualquier medio, de una eventual inobservancia, amenaza o vulneración a sus derechos. (Álvarez y Nieves, 2020, pp. 14 -15)

Cabe resaltar que la implementación de los equipos interdisciplinarios en los procesos o procedimientos de familia tiene una gran relevancia en consideración a los múltiples y variados abordajes que las ciencias sociales suministran en torno a los fenómenos de relacionamiento humano, poder, autogestión y organización generados entre las personas que comparten lazos de carácter sanguíneo o jurídico. Así lo resalta Urrea et al. (2012) cuando afirman que:

A través de la historia estos profesionales mostraron la importancia de su participación para atender las diferentes problemáticas de los menores donde estaban involucrados con la ayuda de los recursos que contaba la comunidad como son: la familia, los servicios sociales de orientación [entre otros]. (p. 4)

En conclusión, los conceptos emitidos por los equipos técnicos interdisciplinarios, tanto el de verificación del estado de cumplimiento de derechos del NNA, como los ordenados como prueba de oficio por parte de las autoridades administrativas competentes, deben buscar comunicar a la autoridad, desde el área del conocimiento, que la hipótesis planteada por esa misma autoridad configura o no una situación de riesgo o vulneración a la que podría estar sometido el NNA.

2. Aproximación a la prueba pericial en el CGP

El derecho fundamental al debido proceso es una categoría jurídica que reúne diferentes garantías dispuestas para la adecuada realización de “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 29). Dentro de estas garantías se destacan los principios de legalidad, favorabilidad, juez natural, inocencia, defensa, plazo razonable, doble conformidad y prohibición de doble persecución.

Aunque la norma constitucional mencionada extiende expresamente los efectos del debido proceso al procedimiento administrativo, el alcance y las características específicas de este derecho varían entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo. Al menos así lo afirma la Corte Constitucional:

La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos. (Sentencia C-034/14, 2014)

Sin perjuicio de las singularidades atribuidas al debido proceso en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo, este derecho presupone unas garantías básicas comunes a ambos escenarios (aun con alcances disímiles). De acuerdo con la Corte Constitucional, algunas de esas garantías comunes son: (i) el respeto por las formas propias de cada juicio; (ii) el juez (o autoridad) natural; (iii) el principio de inocencia; (iv) la publicidad (con las restricciones propias de cada asunto); (v) el derecho de defensa; y (vi) el derecho a aportar, solicitar y controvertir pruebas (Sentencia C-980/10, 2010)¹.

Este apartado se concentra en dos de estas garantías comunes al debido proceso judicial y administrativo: por un lado, el derecho de defensa y su correlación lógica del derecho de contradicción; y, por otro lado, el derecho a solicitar, aportar y controvertir pruebas, con la aclaración de que, bien pensadas las cosas, y pese a lo que expresa un sector de la doctrina (Ruiz, 2018), todas estas exigencias no son más que componentes de un mismo derecho, a saber, el derecho de defensa (Ferrajoli, 1995). Así lo tiene dicho la Corte Constitucional desde hace bastante tiempo:

¹ Posición reiterada por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-034/14 de 2014 y T-105/23 de 2023.

El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. (Sentencia C-537/06, 2006)²

Al margen de la discusión acerca de si el derecho a probar y controvertir pruebas constituye una derivación del debido proceso (particularmente, del derecho de defensa) o si, en cambio, constituye un derecho autónomo, es preciso señalar que el legislador, con el fin de hacer efectivos los derechos fundamentales de quienes concurren a los distintos procesos y procedimientos, ha diseñado en cada estatuto, de una manera más o menos detallada (a veces por simple remisión), un régimen de la prueba mediante la regulación de aspectos como los medios de prueba, las cargas de las partes e intervenientes en relación con éstos, las facultades del juez en cuanto a su práctica, las reglas de exclusión y los parámetros de valoración. Así lo reconoce la Corte Constitucional:

La regulación de los medios de prueba se presenta como aspecto consustancial al debido proceso y al derecho de defensa que debe contribuir a la definición de los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, a la determinación de los poderes y deberes del juez y aún a las exigencias de la participación de terceros intervenientes. (Sentencia C-099/22, 2022)

Los medios de prueba (o de conocimiento, como también se les denomina en algunos estatutos como la Ley 906 de 2004, artículo 382) son los dispositivos que permiten confirmar o infirmar los hechos de los que se ocupa el proceso o procedimiento. De acuerdo con Taruffo (2005):

‘Prueba’ identifica lo que sirve o puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa. Más precisamente, se habla en este sentido de ‘medios de prueba’ (*mezzi di prova, Beweismittel*) para subrayar que es prueba todo lo que sirve para probar, es decir, todo elemento que puede ser empleado para el conocimiento del hecho. (p. 448)

Pueden identificarse dos grandes modelos en torno a la configuración normativa de los medios de prueba: por un lado, un modelo en el que solo se permite probar a través de los medios de prueba expresamente reconocidos en la norma procesal; y, por otro lado, un modelo gobernado por el llamado “principio de libertad probatoria”, en virtud del cual es admisible cualquier dispositivo útil (racionalmente útil, por supuesto) para acreditar o

² Posición reiterada por la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias C-034 de 2014 y C-099 de 2022.

infirmar los hechos objeto de debate, indistintamente de que se encuentre o no reconocido en la norma procesal (Taruffo, 2005).

El ordenamiento jurídico colombiano tiene tendencia a este último modelo, esto es, al de la libertad probatoria. Así se reconocía en el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, art. 175), y así se reconoce en el Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600, 2000, art. 233), en el Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906, 2004, art. 382) y en el CGP (Ley 1564, 2012, art. 165). Sin embargo, ello no obsta para que en estos mismos estatutos procesales se enlisten algunos medios de prueba.

Entre los medios de prueba frecuentemente enlistados en los códigos procesales colombianos se encuentra la prueba pericial (obviamente, con particularidades entre un estatuto procesal y otro). Por ejemplo, se regula en los códigos de Procedimiento Laboral (Decreto 2158, 1948, arts. 51 y 77), de Procedimiento Civil (arts. 233-243), de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600, 2000, arts. 249-258), de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906, 2004, arts. 405-423), de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437, 2011, artículos 218-222) y General del Proceso (Ley 1564, 2012, arts. 226-235).

Sin perjuicio de las particularidades de la prueba pericial en cada una de estas regulaciones (incluso de su denominación, comoquiera que a veces se le refiere con el nombre de “pericia” o de “informe pericial”), este medio de prueba puede entenderse como aquel que permite probar uno o más hechos (o incluso entender adecuadamente otros hechos probados en el proceso mediante otros medios de prueba) a partir del conocimiento experto del perito, conocimiento que puede ser de naturaleza científica, técnica o artística (Devis Echandía, 2007). En otras palabras, la pericia es:

Un medio de prueba que consiste en la aportación ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos. Tal como el testimonio, el documento, la inspección judicial, etc., le hacen conocer al juez unos hechos; así mismo el dictamen pericial lleva a la mente del funcionario sucesos que darán nuevas luces al debate. (Parra Quijano, 2006, p. 627)

Ahora bien, para el propósito de esta investigación se describe a grandes rasgos la regulación de la prueba pericial en el CGP, porque, como se dijo, el CIA remite expresamente al procedimiento civil vigente para todo lo no regulado en ese código en relación con la práctica de la prueba en el marco del PARD.

Para esta descripción de la prueba pericial en el CGP conviene empezar por las condiciones del perito. La primera condición remite a la capacidad en cuanto a su ciencia, técnica o arte, es decir, que sea una persona idónea y con experiencia en el ámbito del saber por el cual se

le convoca como experto al proceso (CGP, arts. 226, 228, 229 y 232). De ello debe darse cuenta en el dictamen, con expresa indicación de la formación, experiencia y publicaciones del perito, junto con las respectivas constancias (CGP, art. 226).

Sin embargo, el sistema procesal civil no solo busca asegurar la capacidad del perito en el área del conocimiento en el cual es o se supone que es experto (lo cual, desde luego, es fundamental), sino que, además, busca asegurar la independencia e imparcialidad del perito como condiciones de fiabilidad personal de su opinión. Por ejemplo, el artículo 226 del CGP dispone expresamente que el perito debe manifestar bajo juramento “que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional”. Según el CGP, esta manifestación se entiende prestada con la sola firma del dictamen.

Para darle un significado a la independencia del perito, puede partirse del significado que se le ha dado a la independencia judicial, en tanto, salvadas las diferencias, y por expreso mandato del artículo 225 del CGP, las condiciones de recusación del juez se extienden a la persona del perito. Pues bien, en una formulación elemental del principio de independencia judicial, la Corte Constitucional señala que “la independencia judicial proscribe cualquier tipo de injerencia de otro órgano del poder público en las decisiones jurisdiccionales” (Sentencia C-373/16, 2016). En este orden de ideas, la independencia del perito puede entenderse como la garantía de que su opinión será emitida sin ningún tipo de injerencia por parte de las autoridades.

En relación con la imparcialidad del perito, el CGP la menciona como un posible escenario de contradicción del dictamen (art. 228). Asimismo, como una condición básica de actuación del perito, en el entendido de que este “deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquier de las partes” (art. 235), es decir, que no esté comprometido con alguno de los intereses en disputa.

Por lo tanto, la imparcialidad del perito no es, como afirma Vázquez (2013), la “ausencia de relación con las partes” (p. 17), sino la garantía de que su opinión no esté atravesada por ningún tipo de interés o predisposición en torno a la cuestión por la que se le convoca como experto. Así lo reconoce el párrafo del artículo 235 del CGP, en el sentido de que ni siquiera “se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen”, con la aclaración de que está prohibida la remuneración del perito con sujeción al resultado final del proceso. Desde luego, esto supondría un compromiso para la imparcialidad del perito.

Finalmente, en relación con la imparcialidad del perito, el artículo 235 del CGP es claro en señalar que el juez debe examinar esta condición mediante las reglas de la sana crítica, al punto

de que si encuentra elementos que afecten gravemente la credibilidad del perito, puede negarle efectos al dictamen. Así lo ratifica la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

En lo que respecta a uno de los aspectos trascendentales de la experticia, como lo es la imparcialidad de quien la elabore, el legislador es diáfano en mostrar que dicho aspecto, de un lado, podrá ser objeto del interrogatorio del perito (contradicción en audiencia) y, del otro, será ‘apreciado’ en el fallo, al punto que, en el evento en el que encuentre circunstancias que afecten gravemente su credibilidad, podrá negarle efectos a la misma. Todo lo cual sucede luego de que se decrete la prueba y se permita su incorporación al plenario. (Sentencia STC2066-2021, 2021)

Después de haber descrito las condiciones profesionales y personales del perito en el CGP, es preciso mencionar los contenidos básicos del dictamen pericial, los cuales se encuentran regulados en el artículo 226 del CGP y pueden resumirse en: (i) la identificación del perito, con indicación de sus condiciones personales y profesionales (formación, publicaciones y experiencia); (ii) el método empleado, los procedimientos adelantados y los fundamentos de la técnica, ciencia o arte en los que soporta sus conclusiones; y (iii) una relación de los documentos y demás materiales empleados para elaborar el dictamen.

Ahora bien, con relación a los sujetos procesales que en el CGP pueden impulsar la práctica de la prueba pericial, la regla general consiste en que son las partes quienes deben aportar el dictamen: “la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlos en la respectiva oportunidad para pedir pruebas”, con la condición establecida en el artículo 226, en virtud de la cual “sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial”.

Sin embargo, el juez también puede decretar la prueba pericial de manera oficiosa, esto es, sin petición de alguna de las partes, evento en el cual, a la luz del numeral 2º del artículo 229 del CGP, “para designar el perito deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad” (art. 230), para lo cual el juez debe elaborar el cuestionario que debe responder el perito.

En lo que ataña a la contradicción del dictamen pericial, la parte interesada en ello “podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas” (art. 228). En caso de que el juez lo considere pertinente, debe convocar al perito a la audiencia en la que este podrá ser interrogado tanto por las partes como por el juez en relación con su imparcialidad, idoneidad y el contenido del dictamen. Sin embargo, si el juez decreta de oficio la prueba pericial, debe convocar al perito a la audiencia para ser interrogado y contrainterrogado (art. 231).

Finalmente, en relación con la valoración de la prueba pericial, el juez debe apreciarla, al igual que con todos los demás medios de prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 232), esto es, según lo tiene dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, “conforme a los dictados de la lógica, de la ciencia y de las reglas de la experiencia o sentido común” (Sentencia SC5568-2019, 2019)³, reglas que deben ser aplicadas muy especialmente a los aspectos enlistados en el artículo 232 del CGP, a saber, “la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”.

En definitiva, el régimen probatorio del CGP, específicamente en lo que respecta al medio de conocimiento de la prueba pericial, contempla un conjunto de dispositivos o mecanismos para asegurar, mal que bien, por un lado, la fiabilidad del conocimiento construido con su ayuda, y, por otro lado, el derecho de defensa y contradicción. Lo anterior redunda en la justicia de la actuación, en tanto satisface una de las condiciones básicas de legitimidad del ejercicio probatorio en general y de los medios de prueba en particular, a la manera de “elementos controlables y verificables mediante criterios intersubjetivos” (Taruffo, 2005, p. 423).

3. Contrastes entre los conceptos del equipo técnico interdisciplinario y la regulación de la prueba pericial en el CGP

En el primer apartado se hizo una descripción de los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el marco del PARD, a partir de las disposiciones del CIA y de los lineamientos del ICBF (2016c); y en el segundo apartado se describió la prueba pericial a partir de su regulación en el CGP. Como se dijo, todo ello en consideración a dos disposiciones normativas: (i), el parágrafo 6º del artículo 100 del CIA, el cual dispone que para todo lo no regulado en ese código en relación con el PARD se debe atender a lo dispuesto “en la legislación procesal civil vigente”, es decir, en el CGP; y (ii) el último inciso del artículo 79 del CIA, según el cual los conceptos del equipo técnico tienen “el carácter de prueba pericial.”

Pues bien, este tercer apartado es una síntesis del primero y el segundo, en términos de un ejercicio de crítica jurídica, con el propósito de establecer qué tanto se corresponden los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el PARD (especialmente a partir del tratamiento que se hace de ellos en los lineamientos del ICBF) con la prueba pericial tal como está regulada en el CGP, siempre en la perspectiva de la efectividad de los derechos fundamentales de todos quienes participan del procedimiento administrativo en mención.

Para ello se hace un contraste entre los conceptos del equipo técnico interdisciplinario en el PARD y la prueba pericial en el CGP, concentrado en los siguientes aspectos: (i) las personas

³ Posición reiterada por la Sala de Casación Civil, entre otras, en las sentencias SC2976-2021 y STC14006-2022.

legitimadas para solicitar estos medios de prueba; (ii) las facultades procesales de los intervinientes en relación con dichos medios de prueba; (iii) la oportunidad procesal para aportarlos, solicitarlos, practicarlos y controvertirlos; (iv) las posibilidades para su contradicción; y (v) las reglas para su valoración.

Sea lo primero resaltar que el PARD es tramitado por una autoridad administrativa que está encargada, al mismo tiempo, de investigar, probar y juzgar la hipótesis de amenaza o vulneración de los derechos del NNA con apoyo en todo un aparato institucional que hace posible y más fácil el cumplimiento de sus deberes. En contraste, las personas vinculadas al PARD (que pueden ser los representantes legales del NNA, sus cuidadores, la familia extensa o cualquier otro sujeto que tenga a su cargo al NNA) son, por regla general, particulares que, en muchas ocasiones, acuden al trámite sin el acompañamiento de un abogado, comoquiera que la representación técnica no es una condición obligatoria. De esta manera, es claro que las posibilidades reales de intervención de un ciudadano en el PARD dependen importantemente de los medios (por ejemplo, económicos) con los que cuente la persona vinculada.

Sumado al aparato institucional en el que se apoya la autoridad administrativa encargada de dirigir el PARD, se encuentran los poderes exorbitantes que efectivamente le permiten a dicha autoridad, con cierta libertad, construir una verdad que la habilite para fijar las medidas de protección del NNA. Así lo sostienen Garcés y Estrada (2023), en el sentido de que:

Las autoridades administrativas y judiciales cuentan con un margen de discrecionalidad para definir la medida de restablecimiento de derechos que favorezca la materialización del interés superior de los niños, utilizando criterios jurídicos relevantes y una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al niño. (p. 95)

Así pues, es claro que existe una asimetría institucional y procesal entre la autoridad y los sujetos vinculados al PARD. Esta asimetría dificulta la efectividad de los derechos fundamentales de las personas vinculadas, por lo que surge la siguiente pregunta: ¿podría el Estado implementar mecanismos que reduzcan la brecha entre la autoridad administrativa y los particulares vinculados al PARD, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de todos quienes intervienen en la actuación? Por supuesto, la respuesta debe tener en cuenta, antes que todo, la preocupación por la efectividad de los derechos del NNA, que es el sujeto central en el PARD. Dicho de otro modo, el PARD está precisamente por y para los NNA.

Sin embargo, las garantías procesales también redundan en la protección de los derechos de los NNA, en tanto la imposición de una medida administrativa (eventualmente homologada por el juez) por un hecho o hechos no probados o inadecuadamente probados, también representa una lesión a los derechos del NNA (por ejemplo, piénsese lo que podría significar para su derecho a la familia y a no ser separado de ella). De acuerdo con Ferrajoli (1995), las

garantías (en principio está hablando de las garantías penales, pero bien puede afirmarse lo mismo para las garantías en el marco de los procedimientos administrativos y, en general, de cualquier actuación estatal) no son solo medidas en favor del ciudadano vinculado a una actuación estatal, sino también, al mismo tiempo, condiciones de racionalidad (epistemológicas) de la actuación:

Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio. (Ferrajoli, 1995, p. 34)

En este orden de ideas, una mayor preocupación por las garantías sustanciales y procesales de las personas vinculadas al PARD no supone una despreocupación por los derechos de los NNA, sino, por el contrario, la fijación de las condiciones de legitimidad de la actuación estatal y, muy especialmente para el tema que aquí se trata, sobre las medidas de protección que se deciden en el PARD. Sobre esa base, y para responder a la pregunta planteada con anterioridad acerca de si es posible adoptar medidas que contribuyan a acortar las brechas procesales e institucionales entre las autoridades administrativas y las personas vinculadas al PARD, se propone, como una primera medida, la necesidad del acompañamiento técnico jurídico en favor de las personas vinculadas al trámite, incluso, a cargo del Estado en caso de que la persona vinculada no quiera o no pueda procurarse los servicios de un abogado.

A lo anterior se le suma una de las diferencias importantes de los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el PARD y la prueba pericial en el CGP: los sujetos habilitados para solicitar y decretar su práctica. Esta condición remite a la estructura misma del PARD, así como a la del proceso judicial implementado en el CGP: mientras que en el primero la autoridad administrativa es la encarga de dilucidar la hipótesis fáctica, impulsar el trámite, dirigir la actuación y decidir el fondo, en el segundo el juez actúa fundamentalmente como un tercero encargado de dirimir la disputa de las partes (lo que comúnmente se denomina sistema adversarial).

Sin desconocer las características inquisitivas que perviven en el proceso civil, es clara la tendencia de este hacia las formas adversariales, mientras que el PARD responde a una estructura marcadamente inquisitiva que no solo compromete la efectividad de los derechos de las personas vinculadas, sino también la integridad del conocimiento que se construye en él. Este riesgo ha sido descrito por Damaska (2000) principalmente en relación con la prueba testimonial, pero que bien puede considerarse para todo ejercicio probatorio, incluyendo la prueba pericial:

Es objetable cuando se puede mostrar que la implicación directa del que adjudica sobre los hechos en la producción de pruebas, reducirá sus posibilidades de alcanzar

un resultado acertado. La visión psicológica sugiere que, de hecho, este podría ser un caso típico: para ser un interrogador eficaz, ocasionalmente el que adjudica sobre los hechos ha de enfrentar testigos, y cuando lo hace, la ponderación tranquila y desapasionada de las pruebas puede verse adversamente afectada. Además, para llevar a cabo un interrogatorio centrado, el examinador ha de formar una hipótesis tentativa acerca de los hechos que ha de establecer y al hacerlo, surge el peligro de que sea más receptivo a la información coherente con sus teorías tentativas que con la que no lo es. (pp. 278-279)

Entonces, que el diseño del PARD concentre todas las facultades y poderes procesales en la autoridad administrativa no solo implica el riesgo de que esa autoridad pueda orientar la práctica de la prueba de oficio a la confirmación de la hipótesis de la amenaza o vulneración de los derechos del NNA, sino que también conlleva el riesgo de que haya una resistencia al decreto de la prueba solicitada por las personas vinculadas y que esté orientada, por ejemplo, a infirmar dicha hipótesis. En definitiva, la prueba de oficio y la definición de las condiciones concretas de admisibilidad de la prueba solicitada por los vinculados por parte de la autoridad permite suponer razonablemente que no existen suficientes condiciones de imparcialidad en la administración de la prueba en el PARD y que, por lo mismo, es posible representarse una tendencia a la confirmación de la hipótesis de la amenaza de los derechos del NNA.

Sin embargo, este es un problema que ni el CIA ni los lineamientos técnicos del ICBF (2016c) tienen en cuenta, ya que no prevén suficientes mecanismos para que los vinculados al PARD puedan hacer frente a una decisión de la autoridad administrativa. Así se evidencia en la totalidad del trámite, pero queda dramáticamente en evidencia con el hecho de que, salvo lo relacionado con la reposición y la homologación del fallo, no prevén mecanismos de impugnación para controvertir las decisiones adoptadas durante el desarrollo de la actuación. Esto contraviene manifiestamente los contenidos del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA) y del artículo 318 del CGP, los cuales disponen que, salvo disposición en contrario, el recurso de reposición procede contra todos los autos.

Así lo reconocen Garcés y Estrada (2023) en relación con la declaratoria de adoptabilidad, que es una de las medidas que se pueden adoptar en el marco del PARD, aun cuando la conclusión de las autoras es válida para ese trámite en general y no solo en relación con la declaratoria de adoptabilidad, se debe de decir que:

El único medio de control diferente a la figura de la homologación aplicable a la declaratoria de adoptabilidad cuando es evidente la vulneración de derechos fundamentales como el debido proceso es la acción de tutela, la cual es procedente según la jurisprudencia constitucional tanto en contra de las decisiones judiciales y administrativas siempre y cuando se cumpla con los presupuestos generales de

procedencia y las causales enunciados jurisprudencialmente por el órgano de cierre Constitucional. (p. 105)

Otro aspecto del PARD en el que se advierte claramente la asimetría entre las posibilidades procesales de la autoridad administrativa y las de la persona vinculada es en la oportunidad para la solicitud y el decreto de pruebas, especialmente en punto al concepto emitido por los miembros del equipo técnico interdisciplinario: mientras la persona vinculada solo tiene la posibilidad de pedir esta prueba en el traslado que se le da con el auto de apertura, la autoridad, en ejercicio de sus poderes oficiosos, lo debe ordenar en el momento de la verificación inicial, y lo puede hacer en el auto de apertura y en el auto que decreta pruebas (CIA, art. 100), sin desconocer la posibilidad que tiene para decretarla de oficio en cualquier momento antes del fallo.

Entonces, mientras la autoridad administrativa conserva la posibilidad del concepto técnico (tratado como prueba pericial) durante el trámite, la persona vinculada a él solo puede proponerlo en el término perentorio de cinco días reconocido en el artículo 100 del CIA, que es el mismo término en el que debe controvertir el concepto emitido con anterioridad al auto de apertura según se dispone en ese mismo artículo. Esto remite a dos consideraciones que refuerzan la idea ya expresada en relación con la asimetría de los sujetos: en primer lugar, el desconocimiento del carácter preclusivo de las etapas, al permitírsele a la autoridad tantos momentos para disponer la práctica de los conceptos en mención; y, en segundo lugar, la omisión de la condición fijada en el artículo 226 del CGP, según el cual “sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial”, disposición llamada a regular la práctica de la prueba en el PARD por expresa disposición del parágrafo 6º del artículo 100 del CIA.

Sobre este último punto, es importante destacar que además de la verificación inicial, los lineamientos del ICBF (2016c) autorizan que la autoridad administrativa acuda a los conceptos del equipo técnico (a los efectos, prueba pericial) para acreditar la amenaza de los derechos del NNA, es decir, que se trata de dos pruebas con carácter de prueba pericial encaminadas a acreditar un mismo hecho o situación, comoquiera que ese era precisamente el objeto de la verificación inicial, contraviniendo los mandatos del CGP, según se dijo en precedencia.

Sin embargo, este es en un tema extremadamente sensible y conviene evaluar las posibilidades que ofrecen el CIA y los lineamientos del ICBF (2016c) para la contradicción del concepto del equipo técnico interdisciplinario, en comparación con las que ofrece el CGP para la contradicción de la prueba pericial. Esto demuestra la distancia que hay entre uno y otro escenario, y en esa distancia los niveles tan disímiles de protección del debido proceso y, con él, del derecho de contradicción. El CGP dispone que las partes pueden controvertir mutuamente la prueba pericial aportada por la contraparte mediante “la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas” (CGP, art. 228), lo cual debe ser solicitado

en el término de traslado del dictan. La comparecencia del perito a audiencia tiene el propósito de que se le interroge sobre “su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.” (CGP, art. 228)

Cuando la prueba pericial sea decretada de oficio, el artículo 231 del CGP dispone que el dictamen debe permanecer a disposición de las partes hasta el día de la audiencia en la que se debe interrogar personalmente al perito en audiencia, como se indicó, a efectos de que se garantice la controversia en torno a su idoneidad e imparcialidad. Ello contrasta con la ausencia de regulación en el CIA de la contradicción de los conceptos técnicos del equipo interdisciplinario, con lo cual razonablemente podría reclamarse, por remisión del párrafo 6º del artículo 100 del CIA, la norma del CGP que se acaba de relacionar.

Sin embargo, en los lineamientos técnicos, el ICBF (2016c) excede los límites autorizados por el legislador, y, contrariamente a lo establecido en el CGP, dispone en la audiencia de práctica de pruebas y fallo, la autoridad debe dar traslado de los dictámenes periciales a efectos de que, en esa misma diligencia, las personas vinculadas soliciten alguna aclaración o complemento, sin que ordene, y ni siquiera sugiera, la comparecencia de los expertos:

Traslado de Pruebas: En la audiencia de práctica de pruebas y fallo, la Autoridad Administrativa dará traslado a las partes de los dictámenes o peritajes y de las demás pruebas que se hayan ordenado y allegado al proceso legal y oportunamente, conforme a las reglas de Procedimiento Civil vigente. Las partes, podrán solicitar en la misma audiencia aclaración o complemento del dictamen pericial, solicitud que se tramitará seguidamente. (p. 81)

Habiendo quedado explicadas las inconsistencias entre el diseño e implementación de los conceptos del equipo técnico interdisciplinario en el PARD con la regulación de la prueba pericial en el CGP y las consecuencias que dichas inconsistencias generan para las personas vinculadas al procedimiento administrativo, es preciso concentrar esta reflexión en las condiciones personales de los expertos que fungen como peritos en el PARD en calidad de miembros del equipo técnico de apoyo de la autoridad administrativa.

Como se detalló en el segundo apartado de este artículo, el CGP define al perito como una persona experta en una ciencia, técnica o arte, con formación y experiencia verificable, que, sobre la base de su conocimiento experto, puede ayudar a probar o comprender de mejor manera uno o más hechos objeto de debate en el proceso. Todo ello con garantía plena de su independencia e imparcialidad, al punto de que le ordena expresamente a las partes que se abstengan “de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurran alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces” (art. 235). Aún más, para asegurar la transparencia y garantía de la imparcialidad del perito, el dictamen debe indicar expresamente, en los términos del numeral 6º del artículo 226, si el perito “ha sido designado

en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen”.

En contraste, el artículo 79 del CIA encuadra institucionalmente a los equipos técnicos interdisciplinarios al incorporarlos dentro de la estructura orgánica permanente de la autoridad competente: “las defensorías contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista” (art. 79), cuyos conceptos, según lo expresa el último inciso de esa misma norma, “tendrá el carácter de prueba pericial”.

La situación es todavía más dramática si se observan los lineamientos técnicos del ICBF (2016c), comoquiera que abandonan cualquier preocupación por asegurar la publicidad (aunque sea para los sujetos procesales) de las condiciones personales de los peritos, y, en consecuencia, su independencia e imparcialidad, o al menos la posibilidad de la controversia sobre estos aspectos en específico. Los lineamientos solo le exigen al perito que indique en el concepto algunos datos básicos. Por ejemplo, al profesional en trabajo social se le pide que señale su “nombre, profesión, cargo, educación” (p. 73), al profesional en psicología “nombre, nivel educativo, cargo” (p. 77) y al profesional en nutrición “nombre, cargo, experiencia, profesión y matrícula profesional” (p. 78).

Sin embargo, para efectos de esta discusión, supóngase que la falta de claridad sobre las condiciones personales y profesionales de los miembros del equipo técnico interdisciplinario no constituyen una objeción válida, en tanto no dificultan el ejercicio de contradicción de este medio de prueba. Además, al desempeñar funciones públicas, su contratación debe garantizar condiciones fundamentales para ocupar el cargo. Todavía queda por comentar la objeción según la cual los expertos que integran el equipo técnico interdisciplinario pertenecen orgánicamente a la autoridad competente, en las cuales cumplen una función permanente (por oposición a una función meramente accidental), bajo la coordinación de la autoridad administrativa encargada del trámite.

En definitiva, el diseño procedural y orgánico del PARD le entrega el carácter de prueba pericial a unos funcionarios subordinados a la autoridad administrativa encargada de sustanciar el trámite, por lo cual cabe válidamente la preocupación por la independencia y la imparcialidad de estos expertos en cuanto al sentido de sus conclusiones. Cabe reiterar que la idoneidad hace alusión a los conocimientos y experiencia con el fin de asegurar el conocimiento necesario para rendir el dictamen, mientras que la independencia a la garantía de que su opinión será emitida sin ningún tipo de injerencia por parte de las autoridades y la imparcialidad a que esa opinión no esté o pueda estar atravesada por ningún tipo de interés o predisposición en torno a la cuestión por la que se le convoca como experto.

No obstante, esta preocupación no se ve recogida ni en el CIA ni en los lineamientos del ICBF (2016c), instrumentos normativos en los que se evidencia una ausencia de medidas que impidan que la coordinación ejercida por las autoridades administrativas sobre los equipos técnicos interdisciplinarios afecte, como efectivamente suele suceder en la práctica, su imparcialidad e independencia. Por lo tanto, se propone como medida para conjurar el riesgo advertido que los miembros del equipo técnico interdisciplinario no estén adscritos al despacho de la autoridad administrativa competente de adelantar el PARD, sino en un área independiente muy similar a los auxiliares de la justicia regulados en el Título V del Libro Primero del CGP.

Finalmente, en relación con la valoración de la prueba, como se dijo, el CGP ordena que la prueba pericial, como todos los demás medios de prueba, se valoren con sujeción a las reglas de la sana crítica, en concordancia y en conjunto con los demás medios de prueba (valoración integral de la prueba) allegados al proceso. Por su parte, los lineamientos del ICBF (2016c) indican que el fallo deberá adoptarse con fundamento en el acervo probatorio, sin más indicación de las reglas aplicables al ejercicio de valoración probatoria, por lo que se concluye la necesidad de atender a las definidas en la norma procesal civil (CGP).

Sin embargo, los lineamientos del ICBF (2016c) arrastran un defecto frente a la valoración de la prueba y la adopción de la decisión final. Estos lineamientos indican expresamente que, “de acuerdo con el acervo probatorio, el fallo que se emita mediante resolución deberá proferirse en uno de dos sentidos” (pp. 81-82), a saber, “en declaratoria de vulneración de derechos” (p. 82) o “en declaratoria situación de adoptabilidad” (p. 83), es decir, que ni siquiera se representa la posibilidad de que la práctica probatoria conduzca a la conclusión de la no vulneración de los derechos del NNA.

En conclusión, si bien el CIA señala que los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el marco del PARD son una prueba pericial, y que en lo no regulado en ese código debe consultarse lo dispuesto para este tipo de pruebas en el CGP, la implementación de estos conceptos, importantemente a partir de los lineamientos del ICBF (2016c), no se corresponden con las características de una prueba pericial, al menos no en los términos del régimen procesal civil vigente y lo que en buena forma ha entendido la doctrina por este medio de prueba, además, favoreciendo una limitación de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el trámite, incluyendo a los NNA.

Si se quiere un régimen probatorio en el PARD, especialmente en punto a la prueba experta, es necesario que el legislador tome los correctivos necesarios para acortar las brechas existentes entre las autoridades que lo tramitan y las personas que concurren a él, por ejemplo, mediante la exigencia de la representación técnica, la racionalización de la práctica probatoria y la limitación de las facultades de la autoridad administrativa. Incluso, podría pensarse en la posibilidad de crear un sistema de distribución de funciones en el que

la autoridad administrativa actúe exclusivamente como órgano requirente, elevando la pretensión de protección de los derechos de los NNA ante la autoridad judicial, en punto a garantizar la independencia y la imparcialidad del funcionario que tenga su cargo pronunciar la decisión final.

Asimismo, en protección del principio de legalidad, es preciso que el ICBF modifique sus lineamientos para garantizar que desarrollem el contenido de la ley (tanto del CIA como del CGP en lo que este sea aplicable), y no excedan los límites fijados por el legislador al crear por la vía de la reglamentación un sistema en contravía de lo establecido constitucional y legalmente. Si ello no ocurriera, puede pensarse en la posibilidad de demandar las resoluciones que contienen esos lineamientos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el escenario del medio de control de la nulidad, por la manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad de parte de su contenido.

Conclusiones y recomendaciones

A manera de conclusiones, en Colombia, el legislador, en desarrollo de los compromisos internacionales y del mandato constitucional del interés superior de los NNA, creó un sistema de protección de los derechos de este sector de la población. En ese orden de ideas, el CIA contempla un procedimiento para el restablecimiento de los derechos de los NNA (PARD), procedimiento que, aunque es tramitado por una autoridad administrativa, la decisión final, denominada fallo, eventualmente es sometida al control judicial para su homologación.

Para la verificación de la amenaza, inobservancia o vulneración de los derechos de los NNA, el PARD regula el ejercicio probatorio que debe adelantar la autoridad administrativa y del que pueden participar, con ciertas limitaciones, las personas vinculadas al trámite (que pueden ser los representantes legales, los cuidadores o cualquier otra persona a cargos del NNA). Dentro de esa actividad probatoria se encuentran los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario que le presta un apoyo permanente a la autoridad administrativa.

La regulación de los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinarios en el PARD es bastante incipiente en el CIA. Sin embargo, este mismo estatuto remite al CGP para todo lo no regulado en él. Adicionalmente, el ICBF, en 2016, expidió unos lineamientos técnicos en los que se definen con detalle las personas y las pautas para el desarrollo del PARD, incluyendo los conceptos en mención; no obstante, en algunos aspectos esta regulación contradice los contenidos tanto del CIA como del CGP.

Los conceptos emitidos por los equipos técnicos interdisciplinarios en cualquiera de los momentos del PARD tienen como propósito principal llevarle a la autoridad administrativa el conocimiento acerca de la ocurrencia o no de los hechos de amenaza o vulneración de los

derechos de los NNA, siempre en el marco de las garantías constitucionales de todos quienes intervienen en la actuación.

La prueba pericial es un medio de prueba mediante el cual un experto en una técnica, ciencia o arte concurre al proceso para, a partir de su conocimiento, contribuir a probar o entender de mejor manera los hechos objeto de debate. La regulación de la prueba pericial en el CGP, al igual que en las demás regulaciones racionales de la prueba, exigen que la persona del perito no solo sea idónea en cuanto a los conocimiento y experiencia necesaria para cumplir su labor, sino que además debe ser alguien respecto del cual se pueda afirmar su independencia e imparcialidad.

El CGP contempla una serie de mecanismos que aseguran tanto la integridad de la prueba pericial (por ejemplo, los conocimientos y experiencia del perito, y los contenidos mínimos de los dictámenes) como las condiciones de legitimidad de su práctica y valoración (las posibilidades de contradicción de la prueba y su apreciación conforme a las reglas de la sana crítica). Esas condiciones de integridad y legitimidad de la prueba pericial no solo garantizan la efectividad de los derechos de los sujetos procesales, sino también, y en esa medida, la fiabilidad del conocimiento creado a partir de ella.

Los conceptos emitidos por el equipo técnico interdisciplinario en el marco del PARD son calificados por el CIA como una prueba pericial que, para todo lo no regulado en el CIA, sigue las reglas de la prueba pericial en el estatuto procesal civil vigente, esto es, el CGP. Sin embargo, el diseño de estos conceptos en el CIA, como su reglamentación en los lineamientos técnicos del ICBF (2016c) distan ostensiblemente lo regulado en el CGP, afectando gravemente la racionalidad y legitimidad del conocimiento derivado de este medio de prueba.

Por ejemplo, la estructura marcadamente inquisitiva del PARD concentra en la autoridad administrativa facultades exorbitantes que dificultan el ejercicio de contradicción de la prueba y la independencia de los expertos que integran el equipo técnico interdisciplinario. Al mismo tiempo, los conceptos emitidos por los miembros de dicho equipo carecen de muchas de las características que presenta la prueba pericial en el CGP tendentes a asegurar la fiabilidad del conocimiento creado a partir de ella y la contradicción por parte de los sujetos procesales.

Los lineamientos técnicos del ICBF (2016), en los que reglamenta el PARD, exceden las facultades otorgadas por el legislador al desconocer los contenidos del CGP en relación con la prueba pericial en todo lo no regulado en el CIA respecto a los conceptos del equipo técnico. Esta situación infringe el principio de legalidad y el debido proceso, como garantías constitucionales básicas tanto del NNA que se pretende proteger en el trámite, como de las demás personas vinculadas a él.

Por lo tanto, como recomendación se propone la reconfiguración legal del PARD para asignar a la autoridad administrativa funciones exclusivamente investigativas y requirentes, con un enfoque centrado en la protección de los NNA (eventualmente, no se descarta la posibilidad de medidas cautelares en situaciones de extrema urgencia). Por su parte, la función decisora debería ser delegada a los jueces de la república. Con este ajuste, se busca asegurar un carácter adversarial al procedimiento, garantizando de manera más efectiva la protección de los derechos de los NNA, la acertada toma de decisiones y el respeto de los derechos de los demás sujetos procesales.

También se recomienda la reubicación orgánica de los equipos técnicos interdisciplinarios, de tal suerte que no estén bajo la coordinación de las autoridades administrativas encargadas de tramitar el PARD. Este ajuste busca asegurar la independencia e imparcialidad de dichos equipos y, con ello, una mayor confiabilidad en el sentido de los conceptos o dictámenes.

Asimismo, se propone la modificación de los lineamientos técnicos del ICBF (2016) para hacerlos compatibles con los mandatos constitucionales y legales, en especial con el respeto a las reglas básicas para la práctica y valoración de la prueba pericial en punto a las calidades del perito, las posibilidades de contradicción y su valoración racional, obviamente, conforme a las reglas de la sana crítica.

Referencias bibliográficas

Álvarez, A. y Nieves E. (2020). Eficiencia de la Ley 1098 de 2006 a partir de sus modificaciones a los términos del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD). *Revista Nueva Época*, (55), 11-30. <https://acortar.link/qOaxTp>

Congreso de la República de Colombia. (1991, 22 de enero). Ley 12 de 1991. *Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*. Diario Oficial n. ° 39.640.

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 600 de 2000. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial n. ° 44.097.

Congreso de la República de Colombia. (2004, 31 de agosto). Ley 906 de 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial n. ° 45.658.

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Diario Oficial n. ° 46.446.

Congreso de la República de Colombia. (2011, 18 de enero). Ley 1437 de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Diario Oficial n.º 47.956.

Congreso de la República de Colombia. (2012, 12 de julio). Ley 1564 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial n.º 48.489.

Congreso de la República de Colombia. (2018, 9 de enero). Ley 1878 de 2018. *Por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial n.º 50.471.

Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 114.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2002, 13 de agosto). Sentencia C-640/02 (Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2006, 12 de julio). Sentencia C-537/06 (Humberto Antonio Sierra Porto, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2008, 18 de septiembre). Sentencia T-916/08 (Clara Inés Vargas Hernández, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2010, 1 de diciembre). Sentencia C-980/10 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014, 29 de enero). Sentencia C-034/14 (María Victoria Calle Correa, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2015, 5 de agosto). Sentencia C-496/15 (Clara Inés Vargas Hernández, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016, 13 de julio). Sentencia C-373/16 (Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2018, 10 de julio). Sentencia T-262/18 (Carlos Bernal Pulido, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2020, 27 de enero). Sentencia T-019/20 (Alberto Rojas Ríos, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2022, 17 de marzo). Sentencia C-099/22 (Karen Caselles Hernández, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2023, 18 de abril). Sentencia T-105/23 (José Fernando Reyes Cuartas, M. P.).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. (2019, 18 de diciembre). Sentencia SC5568-2019 (Luis Armando Tolosa Villabona, M. P.).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. (2021, 3 de marzo). Sentencia STC2066-2021 (Octavio Augusto Tejeiro Duque, M. P.).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. (2021, 29 de julio). Sentencia SC2976-2021 (Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, M. P.).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. (2022, 20 de octubre). Sentencia STC14006-2022 (Octavio Augusto Tejeiro Duque, M. P.).

Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal.* (A. Morales Vidal, trad.). Editorial Jurídica de Chile.

Devis Echandía, H. (2007). *Compendio de la prueba judicial. Tomo II.* Rubinzal-Culzoni Editores.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* (P. A. Ibáñez, trad.). Editorial Trotta.

Garcés, M. y Estrada, L. (2023). La naturaleza jurídica de la resolución de declaratoria de adoptabilidad de un niño en Colombia. *Revista CES Derecho*, 14(2), 88-108. <http://dx.doi.org/10.21615/cesder.7231>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2016a, 26 de febrero). Resolución 1526 de 2016. *Por la cual se aprueba el lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados.* Diario de Oficial n.º 49.799.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2016b, 29 de julio). Resolución 7547 de 2016. *Por la cual se aprueba la modificación del lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados.* Diario Oficial n.º 49.953.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2016c, 31 de agosto). *Lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados.*

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2018, 16 de octubre). *Guía de las acciones del equipo técnico interdisciplinario para el restablecimiento de derechos de niñas, niños y adolescentes.*

López, C. A. (2023). *Ánalisis jurídico de la prueba por informe en el derecho procesal.* Universidad Libre de Colombia.

Parra Quijano, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio.* Librería Ediciones del Profesional.

Presidencia de la República de Colombia. (1948, 24 de junio). Decreto-ley 2158 de 1948. *Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.* Diario Oficial n.º 44.640.

Presidencia de la República de Colombia. (1970, 6 de agosto). Decreto 1400 de 1970. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil.* Diario Oficial n.º 33.150.

Ruiz, L. (2018). La prueba como derecho. Fundamentos y características constitucionales en Colombia. *Revista de Investigaciones en Ciencias Jurídicas*, 1(1), 47-63.

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos.* (J. Ferrer Beltrán, trad.). Editorial Trotta.

Vázquez, C. (2013). A modo de presentación. En C. Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 11-20). Editorial Marcial Pons.

Urrea, A., Estrada, L. y Lopera, J. (2012). Los dictámenes periciales en el Código de infancia y adolescencia. *Estudios de Derecho*, 69(154), 21-40. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/18408>



Alquiler de Niñas(os) para la mendicidad: el drama invisible en las calles

Jairo Adelmo Bernal Mejía¹

Resumen

Este artículo pretende dar visibilidad a un fenómeno poco estudiado y que llegaría a pensarse que “no existe”. Se trata del drama que viven algunos niños y niñas, sometidos a ser usados como mercancía y de esta forma ser alquilados a otro individuo para que acompañe su ejercicio en la mendicidad sin participación directa del niño(a); esto quiere decir que su imagen está siendo utilizada como un instrumento para generar mayor solidaridad y de esta forma obtener mejor rentabilidad en la mendicidad por aquél que la ejerce como “profesión”. El artículo se enfoca en Colombia, entre los años 2014 y 2022, dando cuenta de que la producción académica es de cero (0) resultados con relación directa al tema. En síntesis, se pudo establecer que su práctica se ejerce en algunas de las principales ciudades del país, donde existe una mayor afluencia y/o tránsito de migrantes y su adecuación típica punible se torna difusa.

Palabras clave: alquiler de niños, trata de personas, mendicidad, instrumentalización, explotación infantil.

¹ Abogado de la Universidad de Ibagué y especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: abogadojairobernal@gmail.com
Artículo presentado como trabajo de grado para optar al título de especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia. Este trabajo recibió distinción especial por parte del Consejo de Facultad, mediante resolución 04 de 2024, como mejor trabajado de grado.



Alquiler de Niñas(os) para la mendicidad: el drama invisible en las calles

Introducción

La mendicidad puede entenderse como la situación en la que una persona depende de la caridad ajena para sobrevivir. Este fenómeno se agrava cuando el Estado no es capaz de brindar la ayuda y asistencia necesaria para que quienes la ejecutan puedan superarla. Todo esto tiene un impacto negativo en el desarrollo de los niños y niñas (en adelante NN¹), ya que su día a día está marcado por la falta de recursos y riesgos de toda índole (Velásquez y González, 2021).

En Colombia, se ha identificado una cantidad significativa de niños, niñas y adolescentes que se ven obligados a dedicarse a la mendicidad. Esto trae consigo graves consecuencias, ya que estos jóvenes carecen de acceso a educación, recreación, alimentación saludable y, aún más preocupante, no cuentan con seguridad humana. Este concepto abarca varias dimensiones, como la seguridad personal, alimentaria, de salud, medio ambiente, comunitaria y política (Angarita, 2011)

Según las cifras del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en 2019, se identificaron alrededor de 6,500 niños, niñas y adolescentes que se encontraban en situación de trabajo infantil, dentro de los cuales se incluye la mendicidad infantil. De esta cifra, solo 2,072 niños comenzaron el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, lo que representa el 31.87 % del total. (ICBF, 2019)

Por otro lado, en contraposición a la percepción generalizada de la mendicidad como una actividad de necesidad, (Uribe, 2021) destaca la existencia de una población sobre la cual se presta poca atención y que ha elegido la mendicidad como su estilo de vida. Según el autor “se realiza de manera seria, tienen un horario y una dedicación y se llega a desarrollar un *know-how*, un saber cómo ejercerla. En ese sentido es una profesión como cualquiera” (p. 37).

Por consiguiente, y al establecerse que existen personas que desarrollan un “saber” de como ejercer la mendicidad de forma eficiente, se ha incluido en esta profesión la utilización de NN, no para que ellos sean los que ejerzan el acto propio de pedir el dinero, sino, para que

¹ Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el “niño” se considerará al ser humano con menor edad biológica a (18) años. (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre, 1989). Ahora bien, el acrónimo más utilizado para hacer énfasis en ello es “NNA” para hacer referencia a niños, niñas y adolescentes, sin embargo, para el presente artículo se utilizará con mayor frecuencia el acrónimo “NN” para hacer referencia únicamente a los niños y niñas de un rango de edad de 0 a 6 años, puesto que los (as) niños (as) de mayor rango de edad no suelen ser víctimas frecuentes en este fenómeno a indagar. No obviando, por supuesto, que también son víctimas de prácticas similares que se mencionaran a grandes rasgos mas no hacen parte del punto central a estudiar.

sirvan de compañía del individuo profesionalizado en esta labor con el objetivo de que bajo la imagen ilusoria y ficticia de un “padre” o una “madre” en busca de la supervivencia del “hogar” despierte en la gente mayor solidaridad y por ende genere ingresos mayores a los que se recibiere si no existiese la compañía del NN.

La creación de este artículo implicó un minucioso proceso de rastreo, organización, sistematización y análisis de documentos electrónicos. A lo largo de esta revisión exhaustiva se exploraron un total de 41 fuentes, seleccionadas de diversas bases de datos, con el propósito de obtener resultados cuantitativos y cualitativos. No obstante, en el artículo final, se optó por citar únicamente 26 de estas fuentes, las cuales se consideraron las más pertinentes para abordar el problema previamente planteado. Estos documentos cubren una amplia gama de temas y proporcionan información esencial para el análisis de la cuestión.

Dichos textos fueron encontrados y recopilados desde las siguientes bases de datos: 1) Bibliotecas y/o repositorios de la Universidad de Antioquia, Universidad Cooperativa de Colombia, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Universidad Libre, Universidad del Rosario, Universidad de la Sabana, Universidad Católica, Universidad de Medellín, Universidad CES, Universidad Minuto de Dios, Universidad de la Salle, Social Science Research Network. 2) En los metabuscadores de Publindex, Dialnet, Redalyc, Google Scholar. 3) En las revistas V LEX, virtual Espacios y de la Universidad del Bosque. De igual manera, se tomaron datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Se emplearon los siguientes términos y/o palabras clave para realizar la búsqueda: “Mendicidad”, “Mendicidad ajena”, “Mendicidad en Colombia”, “Mendicidad en NNA”, “Mendicidad propia”, “Habitantes de calle”, “Mendicidad y Derechos Humanos”, “Interés superior del menor”, “Instrumentalización de los NNA”, “Explotación infantil”, “Trabajo infantil”, “Trata de Personas”, “Migración en América latina”, “Desplazamiento Forzado”, “Pobreza en Colombia”, “Dignidad del NNA”, “Alquiler de NNA”, “Alquiler de niños”.

Además, se reconoció el área o disciplina particular de cada uno de los textos, su año de publicación y tipo de documento, lo que resultó crucial para contextualizar adecuadamente el análisis. En este sentido, se eligió el período 2014 al 2022 como el marco temporal para conceptualizar el término en cuestión. Esta elección se justifica por la necesidad de capturar las tendencias y desarrollos más recientes en el campo, lo que enriquece la discusión y proporciona una perspectiva actualizada del concepto.

Al dar análisis a cada uno de los escritos, no solo se extrajeron conclusiones, ideas principales y aportes relevantes al artículo, sino que también se pudieron establecer las similitudes y diferencias de fondo que presentan con este artículo. Este aspecto temporal refuerza la solidez y relevancia del discurso, asegurando que se responde a desafíos actuales que sugiere esta nueva figura poco o nada estudiada en la academia.

El artículo de revisión documental se estructuró de tal manera que se puedan conceptualizar los tipos de mendicidad que existen en Colombia y el abordaje de este fenómeno emergente y, si se quiere, novedoso. Posteriormente, se abordarán los tipos penales relacionados con la mendicidad en Colombia para, finalmente en las conclusiones, realizar un análisis crítico del marco jurídico y conceptual de este fenómeno.

1. Causas de la mendicidad: antecedente para el caso de los NN

La presencia de la mendicidad en las calles responde a una serie de causas y factores que merecen ser mencionados con el propósito de establecer un contexto más claro. Estos fueron agrupados de la siguiente forma:

Movilidad humana voluntaria: Este enfoque encierra una rica historia, ya que revela diversos avances sociales. Las personas han migrado a lo largo de los territorios debido a diversas circunstancias, como factores climáticos adversos que generan condiciones propicias para la insuficiencia en la producción de alimentos esenciales para la subsistencia, así como una disminución en la disponibilidad de animales para la alimentación. Este fenómeno ha llevado a que los seres humanos deban desplazarse hacia diferentes regiones geográficas de forma voluntaria, siendo este un derecho inherente de locomoción para cualquier individuo (Eras López, 2022).

Desplazamiento forzado: Aunado a lo anterior, que puede entenderse por factores más naturales, inician los conflictos armados internacionales y no internacionales mal llamados “conflictos armados internos” como unas de las principales causas de la movilización humana forzada, que acarrea que múltiples poblaciones y comunidades se vean en la obligación de desplazarse de región y/o país, sometiéndose a cambios abruptos de cultura, cambios económicos agresivos y cambios en la cosmovisión del relacionamiento con el territorio, etc.

En cifras de UNICEF (2020) “Colombia ocupa el segundo lugar con mayor número de desplazados internos debido a conflictos y violencias internas, la cual asciende a un numero de 5.6 millones de personas de las cuales 1.5 millones son NNA” (p. 13). De acuerdo con lo anterior, este factor contribuye en un alto porcentaje a la perpetuación de la mendicidad como un ciclo perjudicial para el desarrollo y el bienestar de los NNA.

Pobreza: este problema puede entenderse en un contexto amplio de la siguiente forma:

síndrome situacional en el que se asocian el infra-consumo, la desnutrición, las precarias condiciones de vivienda, los bajos niveles educacionales, las malas condiciones sanitarias, una inserción inestable en el aparato productivo, actitudes de desaliento, poca participación en los mecanismos de integración social, y quizá la adscripción a una escala particular de

valores, diferenciada en alguna medida del resto de la sociedad (Altimir, 1979, citado por Avendaño y Paz, 2012, p. 4).

Por lo anterior, este factor se relaciona íntimamente con la mendicidad en función de la supervivencia, y es allí donde se puede observar una notoria y paupérrima gestión administrativa en procura de la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante DESC).

Violencia Infantil: frente a este asunto, surgen diferentes tipologías de victimización infantil, que se enmarcan en tres:

1. Victimizaciones generalizadas: son las que padecen los niños en general en el transcurso de su desarrollo, como son los ataques de los hermanos, los castigos físicos de los padres y, a veces, palizas, vandalismo, etc. 2. Victimizaciones agudas: son aquellas que revisten más gravedad, como el maltrato físico, el maltrato emocional, la negligencia, el abuso sexual, la corrupción, explotación laboral, mendicidad, maltrato prenatal e institucional 3. Victimizaciones extraordinarias: son aquellas que suceden en raras ocasiones, pero suelen ser muy graves. Entre ellas se destacan: el homicidio, el secuestro, el rapto (Sánchez, 2019, p. 269).

Es crucial señalar que los NNA son los más perjudicados en situaciones de vulnerabilidad debido a su gran dependencia de otras personas para sobrevivir. Esta dependencia los hace más susceptibles a la violación de sus derechos humanos (en adelante DDHH) y fundamentales.

Debido a esta especial protección que merecen los NNA sus derechos se han convertido en normas de *Ius Cogens*², por ende, de obligatoria garantía y cumplimiento para los Estados. Particularmente en Colombia, se integraron estas normas mediante la Ley 12 de 1991, *Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Así mismo, se ha instituido que los derechos de los NNA gozan de una especial protección y que estos prevalecen incluso sobre los derechos de los demás. Así lo señala la Asamblea Nacional Constituyente (1991) “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Constitución Política, art. 44).

Bajo este contexto de lo que supone las causas principales de la mendicidad surge un fenómeno bastante complejo de analizar y es que todo lo señalado hasta el momento sugiere que las personas lo ejercen debido a que alguna de las causas descritas los lleva a ello, no encontrando otra opción de adquirir recursos para su subsistencia de forma transitoria, sin embargo, y como

² Son normas de derechos internacional que se consideran de imperativo cumplimiento para la comunidad internacional y gozan de una especial supremacía (Argés, 2020).

se señaló en la introducción existe una población poco usual que se dedica a ello como profesión y dentro de su actuar utilizan métodos cuestionables que involucran a NN.

1.1 Conceptualización de los tipos de mendicidad en Colombia (2014-2022)

Partiendo de la narrativa previamente expuesta, emerge una dolorosa verdad que no se puede ignorar: la mendicidad en Colombia, en su sombrío esplendor, se revela como un fenómeno social que exige ser examinado desde múltiples perspectivas. En este escenario, se torna imperativo escudriñar las distintas facetas de la mendicidad, desentrañando sus matices ocultos, con el propósito de iluminar con mayor nitidez este oscuro rincón de la realidad social colombiana.

Solo al comprender cabalmente los diferentes tipos de mendicidad que yacen en el abismo de la desesperación, se podrá asumir el compromiso de enfrentar este desafío de manera integral. Desde este punto de partida, se aventura a explorar las múltiples manifestaciones de este flagelo, delineando con meticulosidad sus idiosincrasias y, de manera inevitable, sumergiéndose en las profundas implicaciones que estos conceptos conllevan para la sociedad colombiana.

1.1.1 Mendicidad propia

La mendicidad propia es la conducta que más comúnmente se observa en las en las calles. Esta conducta suele ser ejercida por un individuo que, lamentablemente, se encuentra estigmatizado como consumidor (a) de sustancias psicoactivas (SPA) o psicotrópicas. Este individuo se acerca a las personas para solicitar dinero, a menudo utilizando frases como “¿una monedita?”, con el objetivo de satisfacer alguna de sus necesidades. A este grupo de personas, se les conoce como habitantes de la calle (Uribe, 2021).

No obstante, para aclarar los términos, Tirado y Correa, (2009) han señalado una diferencia importante entre el "habitante de calle" y el "habitante en calle", lo que se convierte en un juego de palabras que, sin duda, conlleva connotaciones distintas. Tienen razón al afirmar que el primero se refiere a alguien que, a cualquier edad, ha cortado de manera permanente sus lazos familiares y ha optado por vivir en la calle como su forma habitual de existencia. Estas personas se relacionan con la sociedad a través de una rutina diaria que implica la exploración constante en busca de satisfacer unas pocas necesidades básicas, siendo una de las principales de estas la dependencia abusiva de sustancias psicoactivas (SPA). Ocupan diferentes áreas geográficas y urbanas que se consideran como espacios públicos, convirtiéndolos en lugares privados de asentamiento, como andenes, puentes, y algunos incluso improvisan refugios llamados "cambuches". Otros simplemente pasan la noche al aire libre; en pocas palabras, utilizan las calles como su lugar de pernocta.

En segundo lugar, el término “habitante en calle” se refiere a personas que hacen de la calle un elemento esencial para su supervivencia y la de sus familias. Estas personas alternan su vida entre la calle y su hogar. A diferencia de los “habitantes de calle”, quienes han roto de manera definitiva sus lazos familiares, el “habitante en calle” aún mantiene vínculos con su red de apoyo familiar. En consecuencia, se involucran no solo en la mendicidad, sino también en actividades como la venta ambulante y, en algunos casos, la prostitución. Esto significa que, a pesar de su estilo de vida en la calle, estas personas tienen un lugar al cual pueden regresar para refugiarse o pernoctar. Este lugar puede ser la casa de sus familiares o una habitación en una residencia o pequeño hotel.

En resumen y de manera concisa, independientemente de la circunstancia en la que se encuentre, la mendicidad propia, como lo expresa la Corte Constitucional se entiende como una actividad realizada de manera directa por una persona, sin que exista coerción ni presión externa por parte de terceros (Sentencia C-464, 2014). Esta actividad se lleva a cabo de manera voluntaria y autónoma, con el propósito de obtener dinero que pueda ser utilizado para diversas finalidades. Para algunos, esta práctica es una respuesta a necesidades económicas inmediatas, mientras que para otros se convierte en una profesión o una forma habitual de afrontar sus desafíos económicos.

1.1.2 Mendicidad ajena

Aquí es donde el concepto de mendicidad propia se desvanece en la oscura crueldad humana. En este punto, el individuo es arrojado a las fauces de la indignidad y la sumisión total. Pedir “limosna” en las despiadadas calles se convierte en una obligación ineludible, impuesta por la fuerza de otra persona o una siniestra organización criminal. ¿Dónde quedan la convicción y la voluntad en este torbellino de abuso y desesperación? Se desvanecen en el abismo. En este infierno, la persona se convierte en una mercancía, una marioneta manipulada sin piedad, sometida a amenazas y acosos incesantes. Su vida se convierte en una pesadilla sin fin, donde cada día es una lucha por mantener una chispa de humanidad en medio de la implacable crueldad de quienes la explotan (Ley 599 de 2000, art.188A).

Además, es importante reconocer que no solo los adultos enfrentan esta odisea. Es igualmente desgarrador contemplar el sufrimiento de los NNA que se ven atrapados en esta dolorosa realidad. Más allá de sus ropas harapientas y cuerpos sucios, sus rostros reflejan el deterioro implacable de su salud mental. Basta con mirar en sus ojos para darse cuenta de que están siendo privados “de su proceso de crecimiento e impide el despliegue de su intelecto, capacidades, potencialidades y aspiraciones, afectándose así aspectos fundamentales para su correcto desarrollo integral” Afirma Caicedo Sandoval (2022, p. 20) en su estudio.

Así las cosas y en palabras de la Corte Constitucional, la mendicidad ajena es “por medio de la cual se instrumentaliza a una persona mayor o menor de edad con el fin de obtener un lucro

de ella a través del ejercicio de pedir dinero en las calles” (Sentencia C-464, 2014). Y es que la mendicidad ajena representa solo una de las múltiples facetas que ha adquirido el delito de trata de personas. Como bien destaca la Organización Internacional para las Migraciones (OIM, 2006), en Colombia esta modalidad presenta cifras alarmantes, posicionándose como una de las prácticas más frecuentes que requieren una atención prioritaria y un apoyo crucial para sus víctimas.

No obstante, en Colombia es frecuente la confusión entre diversas formas de clasificar la mendicidad ajena relacionada con NNA. Algunos la identifican como trata de personas, otros como trabajo infantil, y algunos más como explotación infantil. Es necesario destacar esto, ya que será abordado críticamente en las páginas siguientes de este texto. Estas distintas etiquetas apenas comienzan a desvelar la complejidad oculta detrás de un problema que merece ser explorado a fondo para entender su impacto.

1.2 Fenómeno emergente: el alquiler de NN con fines de mendicidad

Desde las profundidades más sombrías de la mendicidad, surge un fenómeno que desafía nuestra comprensión y nos confronta con una dolorosa realidad. En este oscuro escenario, el comercio de niños como mercancía encuentra su principal protagonista en aquellos que deberían ser sus defensores más fervientes: los padres, tutores y cuidadores, las personas cuya responsabilidad es velar por el bienestar y el desarrollo de estos pequeños seres (Gómez Valbuena, 2020).

Este contexto lleva a reflexionar sobre el concepto del *páter familias*, una figura jurídica que connota un poder omnipotente o un derecho legítimo que los padres ostentan sobre sus hijos, ha sido ampliamente aceptado tanto en el ámbito legal como en el cultural como algo inherentemente correcto. No obstante, esto nos plantea una pregunta fundamental: ¿qué lugar ocupa la dignidad del niño en esta ecuación? ¿dónde se halla el derecho a la elección del menor?

El concepto de dignidad, como señala Cabrera Díaz (2017), era impensable para el niño o niña. Estaba subordinado al poder del adulto, sin racionalidad, sin autonomía, sin capacidad de tomar decisiones. Simplemente se asumía que el niño o niña carecía de dignidad, que estaba sometido al adulto como un objeto, una mera posesión. Esta ausencia de reflexión ética sobre el niño o niña a lo largo de la historia nos lleva a cuestionar: ¿cómo esta visión histórica ha contribuido a la problemática de este fenómeno emergente?

En su estudio sobre la migración colombo-venezolana, Keymer Ávila (2019, p. 71) realizó un análisis que arrojó luz sobre una preocupante problemática. En el año 2018, la organización *Terre des Hommes* encuestó a más de 900 personas, en su mayoría inmigrantes venezolanos, y destacó una realidad alarmante: los niños venezolanos estaban siendo explotados a través del alquiler para realizar mendicidad en las calles.

De la misma forma, Gómez Valbuena et al. (2020), citando a Flagelo Matiz (2019) advirtió que, en Villavicencio, Colombia se denunció “que los padres de familia venezolanos estaban alquilando a los niños, para que los niños vendieran dulces en los semáforos de Soledad y recibían por alquilar esos niños entre cuatro mil y seis mil pesos diarios”. (p. 53). Se resalta que al igual que en Colombia se está ejecutando estas prácticas en México donde como destaca Castillo y Duran (2015) “el alquiler de bebés en jaulas que posteriormente son usados para mendigar; estos bebés son drogados para que no lloren.” (p. 5)

A simple vista, este fenómeno podría parecer tan solo otro ejemplo de mendicidad ajena “infantil”, en el cual es el niño o niña quien directamente se involucra en la conducta de pedir limosna. Sin embargo, la cuestión que aquí se plantea se adentra en territorios mucho más complejos y sombríos. Como sucede en cualquier organización criminal, estos actores conocen el límite preciso en el que deben operar para evitar atraer la atención no deseada hacia sus actividades y salvaguardar su estructura. Es precisamente en este punto donde surge una práctica que desafía el ámbito del delito, borrando los límites de lo que solemos contemplar en las tipologías tradicionales de mendicidad ajena, ya sea clasificada como parte de la trata de personas o incluso dentro del marco del delito de explotación infantil. Pero aquí se abre la puerta a una realidad aún más intrigante y oculta.

En la investigación periodística realizada por el canal Caracol y Séptimo Día denominada “Alquiler infantil: la instrumentalización de niños para la mendicidad en Colombia” se aborda este asunto de forma específica; en ella se entrevistan a diferentes participantes dentro de esta conducta, como lo son el reclutador³, el mendigo profesional, y algunos padres que les han propuesto este negocio, en la investigación referida (min 37:46) le realizan preguntas a una señora de nacionalidad venezolana la cual se encuentra ejerciendo la mendicidad propia en compañía de sus hijas y una sobrina menor de edad acerca del tema de alquiler de NN y ella señala: “A mí me ha llegado casos, de que ay préstame tus hijos, de que le preste mis hijos que ellos me dan y yo le digo que no” – ¿Quién le dice eso? - Pregunta el periodista- a lo que ella refiere: “Gente de ahí de Transmilenio” – ¿Cuánto le han ofrecido, cuánta plata le han ofrecido? interroga el periodista- y la señora menciona: “Que \$ 50, yo le digo no, porque ellos son mis hijos.”

De la misma forma se entrevistó a la señora Yirian Guedes, de nacionalidad venezolana, la cual expuso una perturbadora realidad que enfrentan algunos compatriotas en su país de origen. En el minuto 22:05 de la entrevista, Guedes reveló con pesar: “Aunque me da tristeza decirlo, yo sé que muchos venezolanos, porque yo soy venezolana, alquilan a sus hijos para

³ Es el encargado de ofrecer dinero a cuidadores de NN por un día o algunas horas con el ánimo de obtener un lucro por a su vez alquilarlo a el mendigo profesional, por analogía podríamos entender la labor del reclutador como la de una “inmobiliaria” la cual se encarga de buscar apartamentos pagando al propietario una suma de dinero y a su vez este alquila a un tercero la tenencia del inmueble con el fin de obtener una utilidad de ello. (Séptimo Día, 2022)

pedir dinero. Los ponen a mendigar todo el día para generar ingresos”. Y como lo señala Valencia et al. (2020) sus propios padres los profesionalizan en el ejercicio de la mendicidad.

Siguiendo esta línea de investigación, el equipo periodístico entrevistó a un exreclutador de niños, quien arrojó luz sobre el *modus operandi* de esta explotación. El exreclutador indicó que los niños más vulnerables y explotados eran los de 2 a 5 años, ya que “generan más lástima”. Además, mencionó que algunos de ellos eran recibidos incluso siendo recién nacidos, permaneciendo bajo el cuidado de los mendigos profesionales desde las 6 de la mañana hasta las 9 o 10 de la noche.

El entrevistador, visiblemente consternado, planteó una pregunta crucial: “Si un niño recién nacido llora mucho, ¿cómo controlan su llanto?” A esta pregunta, el reclutador de manera fría señaló que, lamentablemente, muchos de estos bebés eran drogados para mantenerlos en silencio, buscando con esto adormecer a los pequeños y mantenerlos inmóviles.

Esta práctica nefasta no se limita a los recién nacidos, sino que también se aplica a niños más grandes, que son expuestos a una variedad de drogas. En su relato, el exreclutador detalló el cruel proceso al que eran sometidos los niños con el fin de generar más lástima. Cuanto más desgastados, “negritos”, sucios y desfavorecidos lucieran, mejor, según sus palabras. Incluso mencionó que en ocasiones les infligían heridas en los ojos para que lloraran y tuvieran los ojos grandes e hinchados, todo en un intento de crear una situación que generara aún más compasión en las personas que entregan el dinero al adulto.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto y siguiendo la perspicaz observación de Álvarez et al. (2019), que señala que esta estrategia se convierte en una representación del acto de mendicidad utilizando las figuras de los infantes, las cuales suscitarían un inmediato sentimiento de solidaridad en los espectadores, incentivando a través de la moral a tomar acción en forma de ayuda, surge el interrogante: ¿a qué concepto nos enfrentamos cuando los niños no solicitan el dinero de manera directa, sino que actúan como acompañantes de la persona que pide la dada?

Este punto suscita preguntas fundamentales debido a que no se encuadra en el concepto tradicional de la mendicidad, ya que el niño no está solicitando directamente dinero para su propia subsistencia, ni está solicitando dinero en beneficio de un tercero en forma directa. Esta situación plantea un fenómeno emergente y novedoso en el ámbito del derecho penal y de las ciencias humanas que merece un análisis más profundo.

Esta reflexión insta a analizar hasta qué punto estas prácticas, donde los niños son instrumentalizados como acompañantes en actos de mendicidad, explotan la imagen y vulnerabilidad de los menores. Se hace necesario cuestionar cómo estas dinámicas se comparan y contrastan con la concepción tradicional de la mendicidad, y, al mismo tiempo,

comprender su influencia en la generación de empatía y en el impulso hacia acciones altruistas por parte de quienes son testigos de estas situaciones.

2. Tipologías penales asociadas con la mendicidad

Como se ha podido constatar es verdaderamente desgarrador el hecho de que muchos NN, sean objeto de una cruel instrumentalización y explotación con fines de mendicidad. Esta triste realidad va más allá de la simple mendicidad, ya que se encuentra intrincadamente vinculada a otras formas de explotación, como la sexual.

En el contexto colombiano, el Código Penal y la Ley 1453 de 2011 han tipificado dos delitos que buscan sancionar la conducta de la mendicidad a través de los NN, delitos dentro de los cuales indirectamente apunta la academia en sus escritos sugiriendo de esta forma dos ejes temáticos que se desarrollaran a continuación y con los cuales se buscará una interpretación coherente y fundamentada de los vacíos existentes en las disposiciones legales ante el concepto novedoso y emergente del alquiler de NN con fines de mendicidad.

2.1 Trata de personas: interpretación del artículo 188A de la ley penal

En este eje temático, se pudieron agrupar ocho (8) textos que involucraban dentro de sus palabras claves: Trata de personas, tipos de trata de personas, explotación de menores de edad, mendicidad ajena, constreñimiento, explotación, derechos humanos, derecho internacional, migración.

Los anteriores textos fueron abordados desde perspectivas sociojurídicas, y en términos específicos concluir que en Colombia el tipo penal se encuentra integrado dentro del marco legal internacional de una forma correcta y el mismo está plasmado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 188-A. TRATA DE PERSONAS. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal. (Ley 599, 2000)

Con base en lo descrito en el tipo penal se reconoce que la mendicidad ajena se considera un delito relacionado con la trata de personas tal y como se establece de manera explícita. Sin embargo, surgen interrogantes sobre el alcance de la palabra “ajena” cuando para este caso de estudio es la conducta en la que se ejerce la mendicidad propia de profesión (Uribe, 2021) y se alquila a un NN a sus padres o a una banda criminal para explotar su imagen y lo que representa y no para que el NN directamente sea el que ejerza la mendicidad. Quiere ello decir, siguiendo a Álvarez et al. (2019), que la mendicidad ajena se configura cuando el menor es quien mendiga para que un tercero se aproveche de ello sin intervenir en la conducta, por lo que bajo ese entendido académico y normativo la conducta no se tipificaría para quien alquila al NN.

Entonces y de acuerdo con Álvarez et al. (2019), se entiende como una estrategia la de involucrar la figura del NN en el acto de la mendicidad propia para que no siendo el NN quien despliegue la conducta directamente, sea quien despierte los sentimientos de inmediata solidaridad, elemento moral asociado a una forma de despertar la caridad en otros, donde se entrega el dinero.

Ahora bien, la estrategia que revela la conducta estudiada también podría interpretarse como una posible tipificación del delito, específicamente cuando se cumple con la acción de acoger al NN con el propósito de obtener un beneficio económico, explotando e instrumentalizando su imagen. En este contexto, la conducta podría ser considerada como punible. Sin embargo, es importante señalar que la academia, como se ha mencionado a lo largo de este documento, no ha arrojado resultados significativos en relación directa con este tema, punto en el cual se genera el debate principal.

En este punto es importante señalar que este delito viola los derechos humanos de los NNA, al Estado no brindar la garantía especial de protección de la que gozan dentro del territorio colombiano, y aunque no involucra quizás una conducta directa de agentes del Estado, si pudiese tener responsabilidad de carácter internacional debido al incumplimiento de sus obligaciones estampadas en mecanismos de protección internacional de DDHH para con los NNA.

También, hay que argüir que como lo señaló Cabrera (2017) en su escrito *Caracterización de las formas de explotación de niños, niñas y adolescentes en once países de América Latina* se logró determinar que en México es donde ha predominado el alquiler de bebés, según este informe, pues en los demás países es más fuerte la explotación sexual.

Finalmente es perentorio aclarar que este trabajo académico comparte parcialmente el contenido de la sentencia C-464-2014, en el sentido de que con este análisis no se busca criminalizar la pobreza, pues como lo refirieron Alpaca y Serrano (2016) también existe otra cara de la moneda, la cual se difuma en la burda realidad de componentes que rodean esta problemática multicausal, quiere ello decir, que existen componentes que no se están evaluando al momento de estudiar el fenómeno de la mendicidad y que se desprenden de la misma y es el saber que los NN genera mayor ingreso para quienes de forma profesional alquilan a los mismos para ello, y en donde las bandas organizadas con fines criminales ven una oportunidad de negocio bastante rentable.

2.2 Explotación de menores de edad: discusión del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011

En este eje temático, se agruparon siete (7) textos que involucraban dentro de sus palabras claves: mendigos, mendicidad, trabajos ocasionales, desempleo, economía informal, pobreza, explotación de menores de edad, constreñimiento ilegal, dignidad, trabajo infantil, explotación laboral, concurso aparente de leyes, vulneración de los derechos de los niños.

Los anteriores textos, fueron abordados desde perspectivas socio jurídicas, y con un esquema similar al apartado anterior. Se tiene que señalar que este término asociado a la mendicidad infantil se encuentra tipificado en Colombia en otro tipo penal distinto al de trata de personas, y el mismo señala taxativamente:

ARTÍCULO 93. EXPLOTACIÓN DE MENORES DE EDAD. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> El que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años de prisión y el menor será conducido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para aplicar las medidas de restablecimientos de derechos correspondientes.

La pena se aumentará a la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (Ley 1453, 2011)

Ahora bien, es importante entender que se refiere esta expresión condicionada de “mendigue con menores” pues podría pensarse en primer momento que está superada la discusión aquí planteada; sin embargo, la Corte Constitucional señala que esta expresión “mendigue con menores de edad” tipifica exclusivamente la utilización de menores de edad para el ejercicio de la mendicidad y no el ejercicio autónomo de la misma en compañía de estos” (Sentencia C-464, 2014).

Entonces, como se viene proponiendo, surge la discusión frente a este punible de si, en virtud de este delito, sería factible la tipificación de la conducta aquí investigada: un ser humano

que ejerce la mendicidad propia de profesión, alquila a un NN a sus padres o a una banda organizada con fines criminales para explotar su imagen y no para que directamente el NN sea el que ejecute la conducta.

Considerando que en el escrito *Algunas ideas sobre el delito de trata de personas y el delito de explotación de menores de edad en el derecho penal colombiano. A propósito de la Sentencia C-464 de 2014 de la Corte Constitucional* de Alpaca y Serrano (2016), se hace un estudio muy juicioso de la diferencia entre estos tipos penales, y señalan con total coherencia que el delito de explotación de menores se subsume en la conducta típica de trata de personas, pues los verbos pueden estudiarse de una forma adecuada a la conducta típica que tiene por fin "tratar" a las personas como mercancía.

No obstante, a pesar de que se enfatiza en esta submunición, no se puede afirmar categóricamente que la trata de personas comprenda o acepte que la explotación de la imagen del menor y su representación se considere como algo "ajeno". La interpretación de la Corte Constitucional en relación con el delito de explotación de menores tampoco permite concluir que la "explotación de la imagen del menor" sea una forma que deba ser penalmente sancionable.

En el Libro *Delitos contra la libertad individual y otras garantías* se comparte el ajuste o señalamiento hecho:

En Colombia, la Ley 1453 del 2011, en su artículo 93, creó un tipo penal referido a la explotación de menores de edad. Por falta de técnica legislativa, este tipo penal no fue adicionado a la organización sistemática del Código Penal y quedó como una norma suelta sin corresponder a un título de la parte especial y bajo un bien jurídico en particular. (González, 2017, p. 187)

En este capítulo se ha explorado detalladamente el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, que trata la explotación de menores de edad. A pesar de su existencia en el marco legal, este tipo penal ha generado diversas discusiones y cuestionamientos en cuanto a su aplicabilidad y eficacia en la protección de los derechos de los menores. La falta de integración adecuada en la estructura del Código Penal y/o el Código de Infancia y Adolescencia genera una ambigüedad tangible entorno a su alcance y por ende plantea interrogantes sobre su utilidad. Aunque esta disposición se encuentra dentro de una ley que busca reformar aspectos importantes en el ámbito penal y de la infancia, su efectividad en la práctica es motivo de debate. La ausencia de menciones en informes oficiales sugiere que la aplicación y eficacia de este artículo pueden ser imperceptibles en la protección de los derechos de los menores. Esta ambigüedad y falta de claridad en la legislación subraya la importancia de una revisión y reforma más profunda para garantizar la adecuada protección de los menores de edad frente a situaciones de explotación, incluyendo aquellas relacionadas con su imagen y representación como lo sugiere el alquiler con fines de mendicidad.

Conclusiones

El presente artículo se centró en un aspecto de vital importancia que ha emergido en el contexto del fenómeno de la mendicidad en Colombia: el alquiler de menores con fines de mendicidad. Y es que este fenómeno, que no se puede encajar en los conceptos tradicionales de mendicidad propia o ajena, se ha convertido en un tema que merece una atención específica en la discusión académica y en el ámbito legal. A medida que exploramos este nuevo enfoque, se hace evidente que el análisis tradicional de la mendicidad con la compañía de un NN requiere una revisión más en detalle del caso a caso para comprender y abordar adecuadamente esta problemática emergente.

Para esclarecer con mayor profundidad este fenómeno emergente, conviene retomar el detalle presentado en el capítulo 1.2. En este contexto, estamos hablando de una conducta en la cual un adulto que ha profesionalizado la mendicidad como su modo de vida decide alquilar a un NN. Esto puede ocurrir tanto a través de una organización delictiva o directamente con los padres del menor. El objetivo principal de este arrendamiento es aumentar las ganancias del adulto en comparación con lo que podría obtener si el niño no estuviera presente. Es importante destacar que el niño no se ve forzado a pedir dinero de forma directa, sino que su papel se limita a ser un instrumento en lo que respecta a su imagen para generar compasión en las personas que observan la situación.

Surge inicialmente una pregunta fundamental: ¿Cómo es posible que un corazón, que debería latir con amor y protección, como el de una madre o un padre, pueda considerar alquilar a su propia hija o hijo a cambio de un puñado de monedas, tratándolos como meros instrumentos? Dejando de lado cualquier juicio moral que esto pueda suscitar en algunas personas, se expone uno de los principales análisis que este artículo pretendía abordar y concluir: la instrumentalización de la imagen del niño o niña (NN) con el propósito de suscitar compasión en los transeúntes. Esta práctica, en la que el profesional mendigo asume el rol de “arrendatario”, no se adecua de forma típica en las conductas punibles traídas a colación como la trata de personas y/o la explotación infantil sin que genere algún tipo de vacío conceptual y normativo.

En conclusión, de todo lo abordado la perspectiva central que se desprende de este artículo es que el fenómeno emergente del alquiler de NN para actividades de mendicidad no puede ser clasificado como mendicidad ajena, que es una conducta sancionable en Colombia. Esto se debe a que el niño no se ve obligado por un tercero a realizar la acción de solicitar dinero a personas en la calle, lo cual conduce a la conclusión de que tanto el concepto de mendicidad propia como el de mendicidad ajena resultan insuficientes para abordar de manera adecuada esta problemática.

Este artículo podría considerarse uno de los pioneros en abordar esta cuestión desde una perspectiva académica, potencialmente marcando un punto de partida para comprender y abordar un tema que demanda una atención urgente y acciones concretas destinadas a proteger a una de las poblaciones más vulnerables en nuestra sociedad. Tras un análisis en profundidad de los temas presentados en este artículo, es imperativo que replanteemos nuestra comprensión de la mendicidad, especialmente en vista de esta nueva forma de explotación de los NN. Esto se hace necesario con la finalidad de establecer un marco legal que regule este fenómeno y buscar soluciones efectivas que preserven la integridad y el desarrollo de los NN. Todo esto parte de la premisa fundamental de que los NN son sujetos que merecen especial protección y un respeto absoluto por su dignidad humana.

Referencias bibliográficas

- Alpaca Pérez, A. y Serrano Suárez, D. (2016). Algunas ideas sobre el delito de trata de personas y el delito de explotación de menores de edad en el derecho penal colombiano. A propósito de la Sentencia C-464 de 2014 de la Corte Constitucional. *IUSTITIA*, (13), 331-354. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i13.1546>
- Álvarez, L., Buitrago Calvo, L. y Fajardo Guevara, G. (2019). Mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas. Caso embera-chamí. *Vía Inveniendi Et Iudicandi*, 14(1), 129–156. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2019.0001.05>
- Angarita Cañas, P. (2011). *Seguridad democrática. Lo invisible de un régimen político y económico*. Siglo del Hombre Editores y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A.
- Avendaño, W. y Paz, L. (2012). Rebusque y mendicidad: Muestra de desigualdad y pobreza en Cúcuta, Norte de Santander, Colombia. *Apuntes del Cenes*, (55), 165-188. <https://doi.org/10.19053/22565779.2072>
- Cabrera Díaz, E. (2017). reflexión sobre la dignidad del niño y niña. *Revista Colombiana de Bioética*, 12(2), 90-100. <https://doi.org/10.18270/rcb.v12i2.1924>
- Caicedo, S. (2022). *El derecho a la integridad psicológica y emocional de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de vulnerabilidad a causa de la mendicidad*. [Trabajo pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes]. Repositorio institucional de la Universidad Regional Autónoma de los Andes. <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/15258>

Castillo Murillejo, N. y Durán Ibatá, Ó. (2015). Caracterización de las formas de explotación de niños, niñas y adolescentes en once países de América Latina. *Revista Análisis Internacional*, 6(1), 143–156.

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial n.º 44.097 de 24 de julio de 2000 <https://n9.cl/nzsg>

Congreso de la República de Colombia. (2011, 24 de junio). Ley 1453 de 2011. *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*. Diario Oficial n.º 48.110. <https://n9.cl/yj8ajq>

Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 114.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014, 9 de julio). Sentencia C-464/14 (Alberto Ríos, M. P.). <https://acortar.link/jcZtNq>

Eras López, V. G. (2022). *Los niños, niñas y adolescentes migrantes del colectivo venezolano en situación de mendicidad dentro del Estado ecuatoriano* [Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. Repositorio institucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. <http://hdl.handle.net/10644/8576>

Gómez Valbuena, S., Mendivelso Mora, S., Ocampo Cruz, A., Rojas Mora, C. y Tibocha Sabogal, L. E. (2020). *Vulneración de los derechos de los niños venezolanos en la comuna 5 del sector del terminal de la ciudad de Villavicencio*. [Trabajo de Grado, abogado, Universidad Cooperativa de Colombia] Repositorio institucional de la Universidad Cooperativa de Colombia. <http://hdl.handle.net/20.500.12494/15829>

González, P (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Universidad Católica de Colombia. <http://hdl.handle.net/10983/15934>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2019). *ICBF identificó y atendió a 6.541 menores de edad víctimas de trabajo infantil en el último año*. <https://acortar.link/4slzi7>

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2006). *Dimensiones de la trata de personas en Colombia*. <https://acortar.link/HNdN2W>

Pineda, E. y Ávila, K. (2019). Aproximaciones a la Migración Colombo-venezolana: Desigualdad, Prejuicio y Vulnerabilidad. *Revista Misión Jurídica*, 12(16), 59-78. <https://ssrn.com/abstract=3432746>

Sánchez, M. (2019). Notas sobre la violencia infantil. *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, (18), 266-273. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7195473.pdf>

Séptimo Día. (2022) YouTube. Alquiler infantil: la instrumentalización de niños para la mendicidad en Colombia [Archivo de video]. *Séptimo día*. <https://n9.cl/597ws>

Tirado, A. y Correa M. (2009). Accesibilidad de la población habitante de calle a los programas de promoción y prevención establecidos por la resolución 412 de 2000. *Investigaciones Andina*, 11(18), 23-36. <https://n9.cl/kyano>

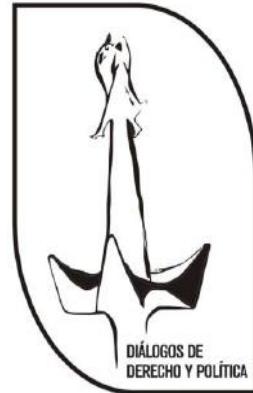
Unicef (1989, 20 de noviembre) *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*. <https://n9.cl/28b7w>

UNICEF. (2020). *Informe, perdido en casa. Los riesgos y desafíos para los niños desplazados internos y las acciones urgentes necesarias para protegerlos*. <https://n9.cl/zur2f>

Uribe Vasco, A. (2021). *Apuntes sobre una ciudad de mendigos: mendicidad de profesión en Medellín*. [Trabajo de pregrado, Universidad de Antioquia]. Repositorio institucional de la Universidad de Antioquia. <https://hdl.handle.net/10495/20172>

Valencia, Y., Ward, N. y Henao, D. (2020). *Utilización de la niñez venezolana dentro del contexto de mendicidad*. [Trabajo de grado Especialización, Universidad CES]. Repositorio institucional de la Universidad CES. <http://hdl.handle.net/10946/4807>

Velásquez, M. y González, M. (2021). La mendicidad infantil y su impacto en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. *Revista Veritas*, (1), 3-20. <https://n9.cl/d0y8t>



Prestación humanitaria periódica para víctimas del conflicto armado colombiano: Una aproximación a su desarrollo normativo y jurisprudencial

Carlos Hernán Valencia Orozco¹

Resumen

Este artículo presenta una aproximación crítica de lo que el Decreto 600 de 2017 denominó prestación humanitaria periódica para víctimas del conflicto armado colombiano, pero que desde la Ley 104 de 1993 se había surtido bajo el nombre de pensión de invalidez para víctimas del conflicto armado interno, lo anterior, a partir de su desarrollo legal y de consideraciones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional en su momento. Así, a lo largo de este artículo, se exponen las implicaciones que tiene el cambio de denominación de esta prestación asistencial y las decisiones que ha tomado la Corte Constitucional sobre su naturaleza, vigencia, características y fuente de financiación.

Palabras clave: Corte Constitucional, derechos económicos, sociales y culturales, pensión de invalidez para víctimas del conflicto armado, prestación humanitaria periódica, víctimas del conflicto armado.

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia. Correos electrónicos: chernan.valencia@udea.edu.co, carlos hernan.valenciaorozco99@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-8183-2221>.

Este artículo se comenzó a escribir en el curso de profundización “La acción de tutela en asuntos laborales y de la seguridad social”, asesorado por la profesora Daniela Gutiérrez Londoño y fue presentado como trabajo final del curso de profundización en “Derecho internacional: Paz, conflictos armados y seguridad internacional”, 2023-1, a cargo del profesor Juan Pablo Acosta Navas.



Prestación humanitaria periódica para víctimas del conflicto armado colombiano: Una aproximación a su desarrollo normativo y jurisprudencial

Introducción

El caso del reconocimiento de la prestación humanitaria periódica (PHP), antes denominada pensión de invalidez para víctimas del conflicto armado (PIVCA) suscita varios cuestionamientos: (i) acerca del efectivo cumplimiento de mandatos constitucionales e incluso internacionales que instan al Estado colombiano a una efectiva materialización de deberes constitucionales como la igualdad, solidaridad y progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); (ii) respecto a su naturaleza, características, requisitos y fuente de financiación, y (iii) en atención a las barreras de acceso efectivo al reconocimiento de tal prestación humanitaria.

De estos cuestionamientos se desprende un interrogante guía para estructurar este escrito: ¿Cuál ha sido la evolución normativa de la hoy prestación humanitaria periódica? En razón a lo anterior, el objetivo de esta investigación es examinar la evolución normativa de lo que hoy se reconoce como PHP para víctimas del conflicto armado colombiano que sufrieron una pérdida del 50 % o más de su capacidad laboral con ocasión del conflicto. Ligado a tal objetivo, primero se apuesta por establecer cuáles son las principales barreras que tienen las víctimas para poder acceder a la prestación que en este escrito se pretende estudiar; y segundo, problematizar y discutir esas barreras de acceso a la prestación en relación con las víctimas. Por lo tanto, para el desarrollo de esta investigación, se emplea como estrategia investigativa la técnica documental, a partir del rastreo y análisis de textos académicos y normativos.

Finalmente, el texto está dividido en cinco apartados: el primero, da cuenta del desarrollo legal de la PHP; el segundo, aborda las víctimas del conflicto armado colombiano en estado de discapacidad como sujetos de especial protección constitucional; el tercero se dedica a las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la génesis, naturaleza, reconocimiento y fuente de financiación de la PHP; el cuarto problematiza algunas disposiciones reglamentarias del Decreto 600 de 2017 empleadas para el reconocimiento de la prestación; por último, el quinto, presenta las conclusiones que acompañan la reflexión sobre la temática.

1. Marco legal

La PIVCA fue creada como consecuencia del recrudecimiento de la violencia armada en nuestro país en la década de los 90. Concretamente la norma que creó la prestación fue la

Ley 104 de 1993 sobre instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y otras disposiciones, que en el inciso único del artículo 45 consagró que:

Las víctimas que sufrieron una pérdida del 66%, o más de su capacidad laboral calificada con base en el Manual Único para la Clasificación de Invalidez expedido por el Gobierno Nacional, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con lo contemplado en el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud (Ley 104 de 1993, art. 45).

Posteriormente, con la Ley 241 de 1995, el legislador de la época además de adicionar y modificar, prorrogó la vigencia de la Ley 104 de 1993, vislumbrando las primeras muestras de progresividad del derecho a la PIVCA, debido a que disminuyó de un 66 % la exigencia de la pérdida de capacidad laboral (PCL) a un 50 %; pocos años después, los anteriores instrumentos legales fueron derogados por la Ley 418 de 1997, empero, su artículo 46 reiteró la vigencia de esta pensión, aclarando que la fuente de financiación y cubrimiento estaría con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional al que se refiere el artículo 25 de la Ley 100 de 1993 y su reconocimiento estaría en oficio del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. Posteriormente, en el año 1999, entró vigencia la Ley 548, cuyo artículo 1 prorrogó por el término de 3 años la vigencia de la Ley 418 de 1997, la cual había dispuesto una vigencia de dos años a partir de la fecha de su promulgación.

Para la entrada del nuevo siglo, la Ley 782 de 2002 prorrogó por el término de cuatro años la vigencia y parte del articulado de la Ley 418 de 1997, entre tanto, en su artículo 18, reafirmó la existencia normativa de la prestación económica de que trataba el artículo 46 de la última ley. Finalmente, para los años 2006 y 2010 se expidieron las leyes 1106 y 1421 respectivamente, de las cuales se desprende, a lo largo de su contenido, que si bien se prorrogaron varios artículos de la Ley 418 de 1997, no se hizo referencia explícita a la permanencia en el ordenamiento jurídico colombiano de la pensión especial de invalidez.

Es importante advertir que en el año 2003, el Congreso de la República de Colombia a través de la Ley 797 reformó algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y adoptó algunas disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales, consagrando unos mandatos que modificaban el artículo 13 de la Ley 100. Además, con el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que no existirían regímenes especiales, ni exceptuados.

Finalmente, con la expedición del Decreto 600 de 2017 se establecieron nuevas reglas de juego sobre la prestación económica, relativas a quiénes se les puede considerar como víctima del conflicto armado, los requisitos para el reconocimiento y las características de tal prestación.

Tabla 1. Vigencias y principales modificaciones de la PIVCA y la PHP

Pensión de invalidez para víctimas del conflicto armado (PIVCA)		
Normativa:	Prorrogada por:	Modificación:
Ley 104 de 1993, art. 45.	Artículo 15 de la Ley 241 de 1995.	Exigía a la víctima del conflicto armado una pérdida de capacidad laboral del 66 %.
Ley 241 de 1995, art. 15.	Artículo 46 de la Ley 418 de 1997.	Modificó el inciso segundo de la Ley 104, exigiendo una pérdida de capacidad laboral del 50 %.
Ley 418 de 1997, art. 46.	Artículo 1º de la Ley 548 de 1999.	La Ley estableció que esta prestación estaría cubierta por el Fondo de Solidaridad Pensional al que se refiere el artículo 25 de la Ley 100 de 1993.
Ley 548 de 1999, art. 1.	Artículo 18 de la Ley 782 de 2002.	Prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997 por el término de tres años.
Ley 782 de 2002, art. 18.	No fue prorrogado el artículo 18 de esta Ley.	Modificó el inciso primero del artículo 46 de la Ley 418 de 1997, prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997 por otros 4 años.
Ley 1106 de 2006.	No prorrogó el artículo 18 de la Ley 782 de 2002.	En su artículo 1 prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, pero no hizo mención expresa o tácita al artículo 46 de esta última que consagra la PIVCA.
Ley 1421 de 2010.	No prorrogó el artículo 18 de la Ley 782 de 2002.	En su artículo 1 prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, pero no hizo alusión expresa o tácita al artículo 46 de esta última que consagra la PIVCA.
Prestación humanitaria periódica (PHP)		
Normativa:	Modificación:	
Decreto 600 de 2017.	Reglamenta la prestación humanitaria periódica para las víctimas del conflicto armado, de que trata el artículo 46 de la Ley 418 de 1997.	
Decreto 1040 de 2022.	Establece que tratándose de la PHP, los honorarios para pagar a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, por el peritaje de pérdida de capacidad laboral, serán de tres días de Salario Mínimo Mensual Legal Vigente -SMMLV-.	

Fuente: Elaboración propia.

2. Las víctimas del conflicto armado en condición de discapacidad: sujetos de especial protección constitucional

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 13 sobre el derecho a la igualdad, hace referencia a una igualdad real y efectiva, que garantice a minorías y grupos históricamente marginados por ciertas condiciones y características especiales su inclusión material en la sociedad por medio de acciones afirmativas, encaminadas a resolver las brechas de desigualdad que puedan existir entre mayorías iguales y minorías desiguales; asimismo, en su artículo 47 se hace alusión a la revisión, rehabilitación e integración social de las personas que soportan limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas.

Ahora, en el ámbito internacional se encuentran dos instrumentos, los cuales no están enfocados propiamente en las víctimas del conflicto armado interno, como quiera que están dirigidos a situaciones generalizadas de discapacidad; no obstante, la Corte Constitucional, en sentencia C-767 de 2014, puso de presente que estos hacen parte del bloque de constitucionalidad, contenidos en el artículo 93 superior.

Estos instrumentos son: (i) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, aprobada mediante Ley 1346 de 2009, que entiende, en el literal e) de su preámbulo, la discapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras de actitud y de entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, siendo el Estado el llamado a brindar garantías fundamentales para las personas con discapacidad, prohibiendo toda forma o motivo de discriminación y garantizando su protección legal, igual y efectiva; y (ii) la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad, adoptada mediante Ley 762 de 2002, la cual reafirma que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas.

Ahora, retornando al ámbito nacional, encontramos la Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. De igual manera, en el artículo 13 de la ley en mención, se dispuso de un enfoque diferencial que consiste en reconocer que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad, que merecen que las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral, estén orientadas a garantizar dicho enfoque.

Por otro lado, la Corte Constitucional en lo concerniente a la protección constitucional de las víctimas del conflicto armado, y sobre todo cuando estas se encuentran en condición de discapacidad, ha sido reiterativa en que estas gozan de tal protección y que esta acción ha de estar encabezada por el Estado y la sociedad, esto en virtud del principio constitucional de solidaridad². Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia T-025 de 2004 además de declarar el estado de cosas inconstitucional en relación con la situación de la población internamente desplazada por el conflicto armado, destacó que todas las víctimas del conflicto armado son sujetos de especial protección constitucional, dado que la violación constante de sus derechos lleva a que estos sujetos se encuentren en especial situación de vulnerabilidad, sobre la cual el Estado debe intervenir y asistir.

² Principio de solidaridad: “impone una serie de “deberes fundamentales” al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos”. Por lo tanto, este principio se manifiesta como deber del Estado Social de Derecho a través de estos “deberes fundamentales” que en ciertos escenarios se refuerzan, cuando se trata de asegurar a sujetos en condiciones desfavorables, la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales. (Sentencia C-767, 2014)

También, la Corte a través del Auto 006 de 2009, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de las personas con discapacidad afectadas por el desplazamiento forzado interno, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, respecto a la omisión de adelantar acciones específicas en torno a un enfoque diferencial de desplazamiento y discapacidad, estableció que dicha omisión en sí misma era un agravante de la discapacidad, señalando lo siguiente:

El conflicto armado y el desplazamiento forzado son fenómenos que causan y exacerbán la discapacidad. El grado de discriminación, aislamiento y exclusión que sufren a diario las personas con discapacidad, se ve agudizado por el conflicto y por el desplazamiento. Ante estos eventos, las necesidades de la población con discapacidad tienden a ser dejadas de lado, se olvida que, a diferencia de otras víctimas del conflicto armado, ellas enfrentan barreras adicionales, tanto sociales, como de acceso al espacio físico, a la comunicación, a la información, a la participación. (Corte Constitucional, Auto 006, 2009, párr. 1.3.1).

Por lo tanto, al igual que la conclusión de la Corte Constitucional en sentencia C-767 de 2014, las víctimas se encuentran en extrema situación de vulnerabilidad, la cual se exacerbaba cuando estas soportan una pérdida del 50 % o más de su capacidad laboral con ocasión del conflicto armado, existiendo, como lo plantean Huertas y Pérez (2017a) al referirse al pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2004, un abismo entre el marco de obligaciones establecido en las normas y su efectiva realización, en lo que se refiere a la Ley 387 de 1997.

Para cerrar y de acuerdo con el registro de víctimas del conflicto armado elaborado y actualizado con fecha de corte del 31 de julio de 2024 por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV), en Colombia hay 9.758.045 personas reconocidas como víctimas e incluidas en el Registro Único de Víctimas (RUV). De ese número se registran 12.496 personas víctimas de minas antipersonales, munición sin explotar y artefactos explosivos improvisados. Ahora bien, pese a los registros, remitiéndonos nuevamente a Huertas y Pérez (2017a), no es posible determinar exactamente cuántas son las víctimas del conflicto armado en condición de discapacidad que superen una PCL igual o superior al 50 %, por lo que se dificulta cuantificar el número de población potencialmente beneficiaria de PIVCA o de la PPH.

3. Consideraciones jurisprudenciales

En el año 2014 el Defensor del Pueblo de la época, Jorge Armando Otálora Gómez, promovió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 1106 de 2006 y el artículo 1 de la Ley 1421 de 2010. Planteó que la PIVCA había sido desarrollada progresivamente en cuanto al establecimiento de la medida y al alcance de la protección. No obstante, manifestó que al no haberse extendido expresamente en las dos leyes mencionadas el término de vigencia

del artículo 46 de la Ley 418 de 1997, ello constituía un quebrantamiento del principio de progresividad y no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, como también del derecho a la igualdad real de las personas que sufrieran una pérdida del 50 % o más de su capacidad laboral con ocasión del conflicto armado. Para esta acción de inconstitucionalidad la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-767 de 2014 resolvió tal demanda, teniendo como antecedente jurisprudencial la sentencia T-469 de 2013.

Así, la Corte en sentencia C-767 de 2014, acudió para resolver al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales aprobado por Ley 74 de 1968, especialmente a su artículo 2, en el que se dicta que los Estados parte se comprometen a adoptar medidas para lograr la progresividad de los derechos reconocidos por dicho instrumento. Igualmente, la Corte sustentó sus argumentos en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que atiende al deber de progresividad que tienen los Estados al momento de expedir normas referentes a los DESC y de adoptar las medidas necesarias para lograr gradual, sucesiva, paulatina y crecientemente la efectividad de este tipo de derechos.

Dicho lo anterior, en un análisis sistemático de las normas de derecho internacional y de las consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de progresividad, se puede concluir que este es un mandato que implica que, alcanzados determinados niveles de protección para las personas y que aunque la labor del legislador se enmarca dentro de la libre configuración de crear y concertar leyes, las nuevas normas referentes a los DESC no pueden contradecir el mandato de progresividad y, por lo tanto, si implican medidas regresivas o restrictivas, deben presumirse en principio inconstitucionales (Sentencia C-228, 2011).

En este sentido, como también lo señaló el máximo órgano de cierre constitucional en la sentencia C-767 de 2014, los retrocesos aunque en principio se presumen inconstitucionales, pueden ser justificables, por lo que para que sean constitucionales “las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social” (sentencia C-228, 2011 y sentencia C-767, 2014, haciendo referencia a la sentencia C-038 de 2004, párr. 22). Lo anterior quiere decir que se invierte la carga de la prueba y le corresponde al legislador desvirtuar la inconstitucionalidad de la norma, sin embargo, señala la Corte que carece de competencia para pronunciarse acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una omisión legislativa absoluta, procurando el respeto hacia la autonomía e independencia del Congreso, empero el juicio de constitucionalidad si se puede hacer siempre y cuando la omisión que se ataca sea por esencia relativa o parcial (Sentencia C-767, 2014, párr. 3.5.2.3).

En el caso concreto, las leyes 1106 de 2006 y 1421 de 2010 omitieron un ingrediente, que fue ampliar la vigencia de algunas disposiciones de la Ley 418 de 1997, entre ellas, su artículo 46 atinente a la PIVCA, traduciéndose lo anterior:

[...] en el incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente, específicamente el de ampliar progresivamente la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales y la proscripción de adoptar medidas regresivas, sin una justificación suficiente, así como los deberes impuestos por el Estado Social de Derecho y el artículo 13 Superior (Corte Constitucional, sentencia C-767, 2014, párr. 3.5.2.4).

Determinando la sentencia C-767 de 2014 que:

De lo anterior se concluyó (i) que el legislador creó una prestación a favor de las víctimas del conflicto armado con un término expreso de vigencia, (ii) dicho término fue ampliado sucesivamente por el Legislador y (iii) los artículos 1 de la Ley 1106 de 2006 y 1 de la Ley 1421 de 2010, prorrogaron nuevamente algunas disposiciones de la Ley 418 de 1997, pero omitieron hacerlo frente al artículo 46. Ello generó un vacío normativo, al dejar fuera del ordenamiento jurídico la prestación reconocida a las víctimas del conflicto armado que les otorga el derecho de ser beneficiarios de un salario mínimo mensual vigente, cuando la pérdida de la capacidad se ha producido con ocasión del conflicto y no se tiene otra alternativa pensional. En otros términos, el referido vacío se produce por la omisión del legislador de no haber prorrogado la vigencia de la prestación de las víctimas de la violencia del conflicto armado, en los artículos 1 de la Ley 1106 de 2006 y 1 de la Ley 1421 de 2010 (Corte Constitucional, párr. 3.6).

Al respecto se declararon exequibles los artículos 1 de la Ley 1106 de 2006 y 1 de la Ley 1421 de 2010, en el entendido que las víctimas del conflicto armado interno:

[...] Que sufrieren una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral calificada con base en el Manual Único para la calificación de invalidez expedido por el Gobierno Nacional, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con lo contemplado en el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud (Corte Constitucional, Sentencia C-767, 2014).

También se había dicho en la sentencia T-469 de la Corte Constitucional que la prestación sigue produciendo plenos efectos jurídicos: “[...] máxime si las condiciones que dieron origen a la misma no han desaparecido, y los sujetos destinatarios de esta norma son de especial protección constitucional, no sólo por su condición física, sino por ser víctimas del conflicto armado interno.” (Sentencia T-469, 2013, párr.10.3). Se infiere, al igual que Carrillo (2016, p. 68) que la prestación encuentra su fundamento en el trato diferencial que se le ha de dar a este tipo de sujetos de especial protección constitucional y su vigencia está íntimamente ligada a las condiciones de existencia del conflicto armado interno en nuestro país.

En otras palabras, como sostuvo la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-3675 del 18 de agosto del 2021, la norma consideró una pensión mínima en favor de las víctimas, y aunque no fue prorrogada desde el año 2006, tampoco fue derogada, ni suspendida en el tiempo, con mayor razón cuando el objeto de protección recae en un grupo poblacional que es las víctimas en situación de invalidez y en los hechos de violencia que le dieron origen, los cuales no han dejado de ocurrir (pp. 19-20).

Tabla 2. Resumen jurisprudencial

T-463 de 2012
Estructura su decisión acudiendo a un fallo del Consejo de Estado (Exp. Núm.1108-01(AC) del 1 de marzo de 2007). Explicó que la PIVCA tiene una naturaleza especial, esto por razones humanitarias y que sus requisitos difieren de los exigidos en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP). Ahora, en este fallo al estudiarse la vigencia de las normas mencionadas, se dijo que la garantía de la pensión especial solo produjo sus efectos jurídicos hasta el 22 de diciembre de 2006, fecha en la que entraría en vigencia la Ley 1106, que a su vez no prorrogaría la vigencia del artículo 18 de la Ley 782 de 2002.
T-469 de 2013
Reconoció que Colpensiones tiene derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad Pensional, a través del Consorcio Prosperar; ordenó a dicha entidad el deber de informar a las personas víctimas de la violencia y potenciales beneficiarios de la PIVCA sobre la decisión adoptada y la posibilidad de acceder a ella.
C-767 de 2014
La Corte acudió al principio de progresividad en materia de DESC para sostener que hubo una omisión legislativa relativa frente a la prórroga de la vigencia de la PIVCA por parte de la Ley 1106 de 2006 y la Ley 1421 de 2010, encontrando que el legislador pese a no pronunciarse ni expresa ni tácitamente sobre la vigencia del artículo 46 de la Ley 418 de 1997, no examinó la razonabilidad, necesidad o justificación y proporcionalidad de la omisión, resolviendo que se tenía derecho a la PIVCA siempre y cuando el potencial beneficiario careciera de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.
T-921 de 2014
Confirmó la vigencia de la PIVCA, advirtiendo que su naturaleza es especial y no se debe al SGSSP.
T-032 de 2015
Reiteró la vigencia de la prestación, reconociendo que los hechos que le dieron origen siguen sucediendo.
T-074 de 2015
Afirmó que la PIVCA es exigible, estableció los cuatro requisitos en relación con el artículo 46 de la Ley 418 de 1997 para ser beneficiario de la pensión, profundizando en el último requisito como ya se había hecho en la sentencia T-921 de 2014, ese requisito fue el siguiente: los aspirantes a recibir la pensión no podrán pertenecer al régimen contributivo en salud, con anterioridad a que esta les fuera reconocida.
SU-587 de 2016
Determinó que efectivamente la PIVCA sí tiene una naturaleza especial, encomendada a los deberes constitucionales del Estado para con las víctimas del conflicto armado, afirmando que es un derecho plenamente exigible, con la salvedad de que no pertenece al SGSSP. De igual modo ordenó al Ministerio del Trabajo, como entidad a la cual se encuentra adscrita el Fondo de Solidaridad Pensional, proceder a constituir una fiducia o la modalidad operativa que estimara pertinente, para garantizar la efectividad de la prestación.
La sentencia fijó que tendría efectos <i>inter communis</i> , por lo que las órdenes adoptadas se extenderían a todas las personas víctimas del conflicto armado a quienes se les hubiere dejado en suspenso o negado su derecho a la pensión.

T-209A de 2018
El presente fallo de tutela, como el siguiente, se tramitó en vigencia del Decreto 600 de 2017, reiterando los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales.
T-067 de 2019
La Corte reconoció que la PIVCA no pertenece al SGSSP. Además, para resolver el caso concreto, centró su atención en la vulneración por parte de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez al imponer barreras insuperables para acceder a la PHP, dado que las víctimas deben pagar a la junta que los califique unos honorarios por un valor de un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que, ordenó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, realizar un acuerdo sobre la forma de pago de los honorarios para iniciar la calificación.

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias en referenciadas.

3.1 Naturaleza de la prestación periódica humanitaria

La PIVCA fue creada como una manifestación de los deberes constitucionales del Estado, puesto que el artículo 45 de la Ley 104 de 1993 creó una prestación económica a favor de las víctimas que como consecuencia del conflicto armado sufrieran una PCL igual o mayor al 66 %. Esta prestación fue extendida progresivamente en sus requisitos, toda vez que, como ya se advirtió, con la Ley 241 de 1995 se disminuyó la exigencia del porcentaje de pérdida de capacidad laboral y más adelante la Ley 418 de 1997, a pesar de derogar las normas anteriores, reafirmó la prestación en su artículo 46 (véase la *Tabla 1*).

En adición, la Corte Constitucional en sentencia SU-587 de 2016 destacó que la PIVCA fue creada con dos objetivos: (i) como una manifestación de los deberes constitucionales del Estado para con las víctimas del conflicto armado y, (ii) con miras a mitigar las secuelas e impactos de los escenarios de violencia y de afectación a la capacidad laboral, escenarios, que han impedido el desarrollo de sus necesidades básicas. Indicando que la relevancia del auxilio, es el acercamiento de una herramienta para brindar aseguramiento y un mínimo de subsistencia para una población que se encuentra en situación de especial vulnerabilidad (Sentencia SU-587 de 2016, párr. 4.5.3.1.).

De la misma manera, en sentencia T-209A de 2018 la Corte advirtió nuevamente que la PIVCA fue creada como una manifestación de los deberes constitucionales del Estado que busca:

[...] (i) Garantizar la efectividad de los derechos de la población víctima del conflicto armado (CP art. 2); (ii) mitigar la afectación producida en su capacidad laboral; y, (iii) satisfacer las necesidades mínimas de subsistencia de una población que se encuentra en situación de especial vulnerabilidad [...] (párr. 3.3).

En otras palabras, la PIVCA para la Corte Constitucional tiene una naturaleza especial, que es fundamentada en los deberes constitucionales del Estado con sus habitantes, en este caso, las víctimas del conflicto armado con una PCL del 50 % o más. Estos deberes tienen la

vocación, por un lado de contrarrestar las cargas de desigualdad a las que se ven obligados estos sujetos y por otro lado de atenuar los impactos del conflicto armado en sus vidas, de ahí que esta prestación naciera de la urgencia de propender por una seguridad jurídica, social y económica, para quienes tienen el derecho a ser reconocidos como víctimas del conflicto armado interno, han sufrido los daños que ha generado el mismo y requieren del cumplimiento del deber estatal de reparación integral (Duque, Hoyos y Ladino, 2017, p. 12).

3.2 ¿Es una pensión del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones?

En la discusión sobre la naturaleza de la prestación tratada, la Corte Constitucional sostuvo que esta tiene una naturaleza especial, señalando que su naturaleza jurídica no se encuentra en el SGSSP, sino en el marco de los derechos humanos y deberes constitucionales del Estado, por lo que tiene una connotación especial fundamentada en la violencia que se ha derivado del conflicto armado interno (sentencias T-463 de 2012; T-469 de 2013 y T-074 de 2015).

En sentencia T-469 de 2013, la Corte hizo hincapié en que la fuente jurídica de la prestación no es el Régimen General de Pensiones, sino que como ya se había dicho en sentencia T-067 de 2019, esta prestación es:

[...] una asistencia económica creada por el Estado para ayudar a las personas que, como consecuencia de acciones u omisiones en el marco del conflicto armado interno, perdieron el 50% o más de su capacidad laboral, con la finalidad de mitigar los impactos generados por la violencia (párr. 8.).

Como bien se advirtió en la primera parte de este escrito, el Congreso de la República de Colombia a través de la Ley 797 de 2003 reformó algunas disposiciones del SGSSP previsto en la Ley 100 de 1993 y adoptó disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales, consagrando en el artículo 2 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, una regla que adicionó el texto original de la siguiente manera:

En ningún caso podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley [...] (Ley 797, 2003, art. 2 literal I).

En ese sentido, se evidencia que esta modificación manda unos requisitos esenciales, para obtener una pensión del SGSSP, como lo son unas cotizaciones efectivamente realizadas o tiempos de servicio, que se pueden traducir en semanas o en capital, de acuerdo al régimen

pensional en el que el afiliado realice sus aportes. Además, los requisitos que se establecieron desde la Ley 418 de 1997 y ahora con el Decreto 600 de 2017, no son semejantes a los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 para obtener una pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes ya sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; pues según sea el régimen pensional, se exigen unas semanas cotizadas y una edad determinada ya sea para hombres o mujeres, o bien un capital acumulado en una cuenta de ahorro individual, por lo tanto, esta prestación en criterio de la Corte no es una prestación del SGSSP.

Adicionalmente, la Corte no desconoció las disposiciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política. Dicho acto estableció que los requisitos para obtener el derecho a una pensión, ya sea por vejez, invalidez o sobrevivencia, son los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones, es decir, los requisitos de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-767 de 2014, estimó que cuando la ley no contempla como supuesto un método de cotización, ni requisitos de tiempo de servicios, edad o semanas mínimas de cotización para otorgar una asignación, esa prestación económica no puede considerarse estrictamente como una pensión del SGSSP, en vista de que no tiene los requisitos y características propias del régimen de pensiones, cualquiera sea su modalidad, de tal suerte que la subvención se entiende como un estímulo de otra naturaleza.

Del mismo modo, resulta de interés exponer los requisitos para acceder a la PIVCA, los cuales fueron profundizados y explicados por la Corte en sentencia SU-587 de 2016, recogiendo los que ya el artículo 46 de la Ley 418 de 1997 había establecido y la jurisprudencia constitucional anterior había demarcado en sus decisiones, como se muestra en la *Tabla 3*.

Tabla 3. Requisitos para acceder a la pensión especial de acuerdo con la SU-587 de 2016

Requisitos:	Explicación hecha por la Corte:
Tener acreditada la condición de víctima.	El artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 precisó los supuestos que se deben tener en cuenta para considerar a un individuo como víctima del conflicto armado. En particular, se entiende que una persona tiene dicha calidad cuando directa o indirectamente se hubiere visto afectada por acciones u omisiones de actores armados, que se constituyan en infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) o graves violaciones a las normas internacionales sobre Derechos Humanos.
Haber sido calificada con una PCL igual o superior al 50 %.	Dicha calificación se realiza con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez expedido por el Gobierno Nacional. Por obvias razones, la invalidez debe originarse a partir de una actuación que implique la afectación del DIH o de los preceptos internacionales sobre Derechos Humanos.

Imposibilidad de acceder a otro tipo de pensión otorgada por el Sistema General de Pensiones (vejez, invalidez o sobreviviente).	Al respecto, en la sentencia T-921 de 2014 se consideró que: la prestación especial solo tiene cabida cuando la persona víctima no tiene ninguna expectativa razonable de poder acceder a una medida pensional, habida cuenta de que es un mecanismo que permite garantizar la subsistencia de los afectados por el conflicto y, eventualmente, de sus familias. Por supuesto, lo anterior implica que si una persona es beneficiaria de esta pensión especial y, por algún motivo, accede a una prestación de carácter pensional (una pensión de sobreviviente, por ejemplo) (...), las entidades encargadas del reconocimiento y pago de la prestación excepcional podrán suspender legítimamente dicho pago al entenderse superados los supuestos fácticos que dieron origen al mencionado reconocimiento.
<u>Que carezca de atención en salud.</u>	Sobre este punto, la Corte ha advertido que el titular de la pensión especial de invalidez no puede pertenecer al régimen contributivo al momento de su reconocimiento. Lo anterior atiende a una interpretación restrictiva de la norma, a partir del marco constitucional y legal que rige a la salud como servicio público, por virtud del cual se pretende cumplir con el principio de aseguramiento universal que lo caracteriza. Por esta razón, cuando una persona se encuentra cotizando para acceder a los planes y programas que lo integran, ello supone que tiene un mínimo de recursos disponibles para asegurar su vida digna, lo que excluye la procedencia en el otorgamiento del beneficio económico en mención; circunstancia radicalmente distinta para quien es afiliado al régimen subsidiado, en donde simplemente se busca garantizar la dignidad humana de quienes están en situación de pobreza. Por ello, este requisito tan solo excluye la vinculación al régimen contributivo, al entender que su finalidad no es la de poner en riesgo el derecho a la salud de las víctimas de la violencia, sino simplemente verificar que el beneficiario carece de los ingresos básicos que le permitan procurar sus condiciones mínimas de subsistencia, motivo por el cual demanda la asistencia del Estado.

Fuente: Elaboración propia con base en la SU-587 de 2016.

En línea, siguiendo a Acosta Navas, los tres primeros requisitos están relacionados con la esencia de la PIVCA, buscando garantizar que los potenciales beneficiarios de la prestación dispongan como único ingreso y medio de subsistencia la subvención asistencial (2018, p. 79). Con el primer requisito se pretende delimitar el sujeto al que se dirige la normativa y las reglas de causación de la pensión, dentro de la definición y características que trae la Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan algunas medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno; con el segundo requisito se establece que la calificación de PCL del 50 % o más y su relación con la afectación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno, es necesaria para el acceso a la pensión especial; con el tercer requisito, se denota el carácter exclusivo de la prestación y su incompatibilidad con el acceso a otras prestaciones del SGSSP.

No obstante, merece detenimiento el cuarto requisito. La Corte Constitucional reiteró esta regla, no solo en la sentencia de constitucionalidad 767 de 2014, sino también en la sentencia T-921 de 2014³ donde señaló que se debe entender la regla de acceso en el sentido de que

³ “Por lo dicho, esta sala se ve obligada a interpretar el cuarto requisito de acceso a la pensión especial de una manera no restrictiva y acorde con las exigencias del marco constitucional y legal. Así, se entenderá que esta exigencia se refiere a que los aspirantes a recibir la pensión no podrán pertenecer al régimen contributivo con anterioridad a que ésta les sea reconocida, por cuanto si ya se encuentran en este último quiere decir que tienen al menos los recursos mínimos para la subsistencia y, por tanto, no podrán ser beneficiarios de una prestación diseñada para cubrir las necesidades mínimas de quienes no poseen ingresos por causa de las secuelas de un hecho violento” (Sentencia T-921, 2014).

quienes pretendan acceder a la prestación no podrán pertenecer al régimen contributivo en salud, presumiendo “que si la persona pertenece al régimen contributivo tiene al menos los recursos mínimos para la subsistencia” (Sentencia T-074, 2015, párr. 3.8.).

En suma, la sentencia SU-587 de 2016, acudiendo a una interpretación restrictiva de las normas de la denominada PIVCA, entrañó una suerte de generalización y no de detalle, de modo que siguiendo la lógica a la que acude Acosta Navas, se puede estar en el régimen contributivo en calidad de beneficiario y no de cotizante, lo cual reforzaría la condición de vulnerabilidad de la víctima que podría haber sido potencial beneficiaria de lo que la jurisprudencia constitucional denominó *pensión especial de invalidez* (2018, p. 81).

3.3 Reconocimiento y financiación

Antes de la sentencia de unificación SU-587 de 2016, existía una gran controversia frente a quién asumía el pago de la pensión especial, problema que resolvió la sentencia señalada. Por muchos años Colpensiones fue la encargada del reconocimiento de la prestación especial, porque el artículo 46 de la Ley 418 de 1997 mandaba al entonces Instituto de Seguros Sociales a reconocerla, pero por disposición del Decreto 2013 de 2012, esta entidad fue liquidada, suprimida y reemplazada por Colpensiones.

Ahora, como se nota de muchos de los fallos estudiados, Colpensiones dejaba en suspenso el otorgamiento de dicha pensión especial de invalidez, bajo el argumento de sostenibilidad o de protección a los recursos parafiscales de la seguridad social, debido a que la administradora pensional asumía el pago de la prestación y repetía contra el Fondo de Solidaridad Pensional, fondo llamado a cubrir la prestación según el artículo 46 de la Ley 418 de 1997. El Fondo de Solidaridad fue creado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y posteriormente la Ley 797 de 2003 modificaría su texto original y crearía dos subcuentas: una de solidaridad y otra de subsistencia.

La misma Ley 797 de 2003 en el literal m) del artículo 2 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que “Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”. Las anteriores modificaciones hechas por la Ley 797, permiten concluir que: (i) el Fondo de Solidaridad Pensional tiene una destinación específica y (ii) los recursos del SGSSP, deben girar exclusivamente en la órbita de lo que cubre dicho sistema. Por lo tanto, concluyó la Corte Constitucional, como se hizo referencia en el acápite anterior, que la prestación que discutimos no es una pensión de las del Sistema General de Pensiones y por lo tanto no podía ser asumida por el Fondo de Solidaridad, debido a que su destinación es específica y sus recursos han de cumplir exclusivamente con tal destinación (Sentencia SU-587 de 2016, haciendo referencia a la sentencia C-155 de 2004).

Con posterioridad, en sentencia SU-587 de 2016, la Corte al realizar en un examen de parafiscalidad⁴ de los recursos del SGSSP, afirmó que estos por tratarse de un recaudo especial por fuera del presupuesto nacional, producto de aportes y cotizaciones, para reinvertirlo en un grupo poblacional específicamente gravado y además por mandato legal de la Ley 797 de 2003 y constitucional por el Acto Legislativo 01 de 2005, no podían tener destinación diferente a la ordenada por la ley, pues rompería la sostenibilidad y equilibrio de los recursos del sistema. En esa línea argumental, la Corte conciliando la destinación específica que le dio la normativa al fondo, dispuso que las sumas que se debían destinar a la prestación, se manejarían a través de una fiducia o una modalidad operativa similar, independiente a las subcuentas de la solidaridad y subsistencia, cuya capitalización se nutriría del Presupuesto General de la Nación.

En efecto, la sentencia SU-587 de 2016, ordenó al Ministerio del Trabajo, como entidad a la cual se encuentra adscrito el Fondo de Solidaridad Pensional, proceder a constituir una nueva fiducia o la modalidad operativa que estime adecuada, diferente a las subcuentas de solidaridad y subsistencia del Fondo, y por último ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público identificar y desembolsar los recursos correspondientes del Presupuesto General de la Nación que permitieran financiar en adelante la PIVCA.

4. Decreto 600 de 2017: análisis jurídico

En la actualidad el Decreto 600 del 06 de abril de 2017, expedido por el Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio del Trabajo y en desarrollo de lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia SU-587 de 2016, reglamentó la prestación humanitaria periódica para las víctimas del conflicto armado.

Derivado del Decreto 600 de 2017, se estableció que los recursos que se requieran para el pago de la prestación provendrán del Presupuesto General de la Nación y no del Fondo de Solidaridad Pensional como se había determinado en Ley 418 de 1997. De la misma manera, en el parágrafo transitorio del artículo 2.2.9.5.7, alusivo a la financiación y pago de la PHP, se contempla que el Fondo de Solidaridad Pensional continuará con el pago de la PIVCA como lo venía realizando, hasta que el Ministerio del Trabajo asumiese la responsabilidad administrativa; respecto a esto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3675 del 18 agosto del 2021, entendió que, mientras el reconocimiento y financiación de la pensión especial

⁴ “Sin perjuicio de las distintas formas de aproximación al concepto de la parafiscalidad, lo cierto es que se trata de un instrumento de intervención del Estado en la economía, a través del cual se impone un gravamen especial de naturaleza constitucional, destinado a la recaudación y administración (directa o indirecta) de recursos que se encuentran por fuera del presupuesto nacional, con el propósito de financiar una actividad o un conjunto de actividades que sólo benefician a un determinado sector o grupo de la sociedad, al cual se le exige, por vía legal, la obligación de realizar dicho aporte. Aun cuando la idea del gravamen es la de realizar una reinversión de los recursos recolectados a favor del mismo grupo o sector gravado, ello no significa que esa característica se traduzca en una contraprestación igual al monto de la tarifa fijada.” (Sentencia SU-587, 2016).

continuara estrechamente ligada al Fondo de Solidaridad Pensional, esta seguiría vinculada al menos en su concepción al SGSSP y no se podía desligar de su regulación (pp. 16-17).

En ese orden de ideas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dota anualmente de recursos necesarios el presupuesto del Ministerio del Trabajo, siendo este el nuevo encargado de su reconocimiento y pago, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2.2.9.5.3 del Decreto 600 del 2017.

A partir de dicho decreto, no solo se cambia la denominación de la PIVCA, pasando a ser llamada PHP, sino que también se reglamenta por el Gobierno Nacional sus características y requisitos para su acceso. Lo anterior denota cambios sustanciales en la progresividad de derechos y en los beneficios que ofrece la nueva prestación a un potencial beneficiario. Por lo tanto, se presenta la *Tabla 4* referente a los requisitos y características que se contemplaron en el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 18 de la ley 782 de 2002 para el acceso a la pensión especial.

Tabla 4. Requisitos y características de la PIVCA

Requisitos	
i) Acreditar la condición de víctima con ocasión al conflicto armado interno; ii) Acreditar un porcentaje de PCL igual o superior al 50 %; calificación con base en el Manual Único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional; y, iii) Demostrar que el beneficiario de la prestación carece de cualquier otra posibilidad para acceder a una pensión y de atención a salud -Recordar regla jurisprudencial sobre régimen contributivo-.	
Monto	Causación de la pensión
Un SMLMV - pago periódico y mensual.	A partir de la fecha de solicitud.
Incompatibilidad pensional	
No es compatible con otra de naturaleza similar. El texto del artículo 46 de la Ley 418 de 1997, estableció expresamente que tendrán derecho a esta prestación, siempre y cuando el potencial beneficiario carezca de otras posibilidades pensionales.	
Competencia para el reconocimiento y pago de la prestación	
Fondo de Solidaridad Pensional (adscrito al Ministerio de Trabajo, antes Protección Social).	
Lineamientos para el reconocimiento de las pensiones de víctimas de la violencia	
i) Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral, emitido por la entidad competente conforme a lo señalado en el artículo 42 del Decreto 09 de 2012 y el Decreto 1532 de 2013; ii) Copia de la historia clínica del solicitante; iii) Certificación emitida por parte del Comité de Emergencia y Desastres del Municipio o la Alcaldía Municipal, además de una certificación suscrita por la Personería Municipal del mismo lugar de ocurrencia los hechos, donde conste que el solicitante fue víctima de un atentado terrorista y la fecha del mismo; iv) Copia del documento de identidad del solicitante, y; v) Carta suscrita por el solicitante donde manifieste bajo la gravedad de juramento que no tiene posibilidades económicas para asumir los costos de atención en salud ni tiene otras posibilidades pensionales.	

Fuente: Elaboración propia con base en el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 18 de la Ley 782 de 2002 y el Concepto 6187485 de 2014 de Colpensiones que acogió los lineamientos establecidos en sentencia T-469 de 2013.

La tabla anterior permite evidenciar y contrastar con una lectura de las *Tablas 5 y 6* que ha cambiado, que es favorable y que no es lo tanto, anticipando un exceso por parte del ejecutivo en la facultad de reglamentar la PHP, la cual hizo más abruptos algunos requisitos y características de esta, en contraste con los exigidos para obtener el derecho a la PIVCA.

Ahora, en cuanto al ámbito de aplicación de la PHP, esta solo aplica para las víctimas que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 418 de 1997, es decir el 26 de diciembre de 1997, tengan una PCL igual o superior al 50 %. Respecto a lo anterior, debe considerarse que el conflicto armado en nuestro país se ha prolongado por más de seis décadas y limitar el campo de aplicación de este Decreto al 26 de diciembre de 1997 y los años siguientes, sería desconocer el contexto y realidad de tal fenómeno, abonado a esto, sería desconocer las víctimas del conflicto armado como sujetos de especial protección constitucional, sobre todo cuando la Ley 1448 de 2011 establece que se consideran víctimas aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985⁵.

En tal sentido, en las líneas siguientes se estudiarán los requisitos y características de la PHP, exponiendo cuáles son los nuevos factores determinantes y cuáles permanecen iguales en relación con la Ley 418 de 1997, permitiendo determinar, en lógica de derechos adquiridos, cuál disposición resulta ser más beneficiosa:

Tabla 5. Requisitos de la PHP

<i>Ser colombiano</i>
Es un nuevo requisito que trae el Decreto 600 de 2017
<i>Tener calidad de víctima del conflicto armado interno y estar incluido en el RUV</i>
Este requisito permanece igual que en el artículo 46 de Ley 418 de 1997
<i>Haber sufrido pérdida del 50 % o más de la capacidad laboral, calificada con base en el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, expedido por el Gobierno Nacional</i>
Este requisito permanece igual que en el artículo 46 de la Ley 418 de 1997. A pesar de ello, el artículo 2.2.9.5.11 del Decreto 600 de 2017 impone el deber de calificación en un único agente, a saber las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. Se entiende que el reconocimiento de la pensión no es vitalicio, dado que el artículo 2.2.9.5.8 consagra a cargo del Ministerio del Trabajo la obligación de llevar a cabo el procedimiento administrativo para la revisión cada tres años de la calificación en aras de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de fundamento para obtener el reconocimiento de la PHP y proceder a la extinción de ella, si a ello hubiese lugar.

⁵ “[...] cabe indicar que la Ley 1448 de 2011 tiene un ámbito de aplicación que no se refiere a la prestación de la que se ha venido hablando, por lo cual el citado artículo tercero sólo puede ser tomado como un referente interpretativo para decidir sobre quién puede o no ser considerado como víctima. En concordancia, para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, esta Sala estima pertinente aclarar que, dado que la Ley 418 de 1997 no estableció una fecha límite desde la cual se deba reconocer la prestación, esta tendrá que ser reconocida incluso por hechos ocurridos con anterioridad al 1º de enero de 1985 siempre que se cumplan los demás requisitos.” (Sentencia T-921, 2014).

Existir nexo causal de la pérdida de capacidad laboral con actos violentos propios del conflicto armado interno

En principio este es un punto lógico de acceso a la PHP, a pesar de ello, el artículo 2.2.9.5.5, pide para el reconocimiento como beneficiario además del dictamen ejecutoriado de calificación de pérdida de la capacidad laboral, donde se evidencie una pérdida del 50 % o más de su capacidad laboral, el nexo causal entre el acto de violencia suscitado en el territorio nacional con ocasión del conflicto armado interno y el estado de invalidez.

En breve, se indica que las Juntas Regionales en su dictamen determinen el nexo causal de la PCL con el conflicto armado, por lo que hay que hacernos el siguiente cuestionamiento siguiendo lo que señala Segura: ¿el médico que determina el porcentaje de PCL de la víctima, también es competente para determinar el nexo de causalidad? (2022, p.69). Sería pertinente en términos de experticia y conocimiento, que se siguiera exigiendo la certificación emitida por parte del comité de emergencia y desastres del municipio, la alcaldía municipal o la personería municipal del lugar de ocurrencia los hechos, donde conste que el solicitante fue víctima de un atentado terrorista y la fecha del mismo.

Carecer de requisitos para pensión y/o de posibilidad pensional

Estamos frente a un requisito que permanece igual que en el artículo 46 de Ley 418 de 1997, sin embargo, dada la naturaleza de la prestación y que la misma no se encuentra en el SGSSP, vale decir, se encuentra en las acciones afirmativas del Estado para con las víctimas del conflicto armado, de conformidad con Segura se abre la posibilidad de que la persona que pretenda acceder a la PHP también tenga la oportunidad de acceso a una pensión del SGSSP (2022, p. 76). Por otro lado, no exige como requisito que el beneficiario de la prestación carezca de atención a salud o que únicamente pertenezca al régimen subsidiado, como se había establecido en sentencia SU-587 de 2016.

No debe percibir ingresos por ningún concepto y/o mensuales iguales o superiores a un salario mínimo legal vigente / No ser beneficiario de subsidio, auxilio, beneficio o subvención económica periódica, ni de otro tipo de ayuda para subsistencia por ser víctima

Estos dos requisitos no fueron contemplados por el artículo 46 de Ley 418 de 1997, entonces, habría que tener en cuenta: en primer lugar este requisito se traduce en una limitante para aquellas personas que quieran reintegrarse a la vida laboral y que producto del despliegue de fuerza de trabajo reciban una contraprestación igual o superior al salario mínimo legal vigente, y en segundo lugar, resulta cuestionable no permitir que se reciba alguna subvención económica, máxime, cuando lo pretendido, entre otras cosas con las medidas económicas es la reparación y estabilización socioeconómica de las víctimas.

Fuente: Elaboración propia con base en el Artículo 2.2.9.5.3 del Decreto 600 de 2017.

Uno de los puntos más problemáticos que introdujo el Decreto 600 de 2017 para acceder a la prestación, tiene que ver con que las víctimas que crean tener derecho a ella y cumplan con los requisitos exigidos, deben realizarse una evaluación de pérdida de capacidad laboral únicamente ante las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, además como concepto de honorarios deben pagar por ello un salario mínimo legal mensual vigente, como lo estableció el artículo 2.2.5.1.16 del Decreto 1072 de 2015.

En relación con lo anterior, la Corte en sentencia T-067 de 2019, al analizar el caso de una persona víctima del conflicto armado y que no contaba con los recursos económicos necesarios para pagar los honorarios de la Junta de Calificación de Invalidez de Caldas, dispuso que las partes acordarán la suscripción de un acuerdo de pago, fijación de plazos e intereses. Sin embargo, comulgando con el salvamento parcial de voto de la sentencia T-067 de 2019 de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado: “No se afectan recursos parafiscales si se dispone que los honorarios para la calificación que debe sufragar una víctima del conflicto sean cubiertos por el Fondo de Solidaridad Pensional” (párr. 6).

Antes de la expedición del Decreto 600 de 2017, dicho peritaje se podía adelantar ante instituciones como las Entidades Prestadoras de Servicios (EPS), Aseguradoras de Riesgos Laborales (ARL) o, incluso, ante la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, puesto que las leyes atinentes a la PIVCA nunca precisaron ante quién debía adelantarse la calificación de PCL. Con la entrada en vigor del Decreto 600, su artículo 2.2.9.5.5 dispuso que son las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez las únicas que pueden actuar como peritos en la calificación de PCL de un potencial beneficiario de la PHP y determinar su nexo de causalidad con el hecho violento. En consonancia con Flórez Barros, “[...] al profundizar en las consecuencias del endeble legislar, además de ser omisivo en lo que respecta a la progresión y cumplimiento de un deber, el Estado ha agravado el acceso al mecanismo reparatorio” (2021, p. 22).

En el año 2022 el Ministerio del Trabajo expidió el Decreto 1040 que adicionó un párrafo al artículo 2.2.5.1.16 del Decreto 1072 de 2015, reconociendo que el pago de los honorarios de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, equivalente a un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (SMMLV), resultan ser un valor elevado para los aspirantes a la prestación, constituyéndose en muchos casos en un obstáculo para acceder a la misma, debido a la incapacidad económica de asumir el costo total de los honorarios requeridos para el trámite de la valoración de pérdida de capacidad laboral.

Así, dicha adición consistió en establecer que, tratándose de la PHP, los honorarios que deben pagarse a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez por el peritaje serían de tres días de SMMLV y no de un salario mínimo mensual legal vigente, como se había consagrado inicialmente. La anterior disposición merma el valor de los honorarios, pese a ello es una regla que sigue siendo controversial, toda vez que el artículo 48 de la Ley 418 de 1997 no fue derogado ni expresa, ni tácitamente, por lo cual sigue teniendo vigencia y permitiría en esencia, que las víctimas califiquen su PCL gratuitamente y ante un abanico de entidades que no contempló el Decreto 600.

A lo anterior se suma que en nuestro país tan solo existen 16 Juntas Regionales de Calificación de Invalidez⁶, por lo que departamentos que han sido históricamente afectados por el conflicto armado como Cauca, Putumayo, Arauca, Caquetá o Casanare no cuentan con una junta, lo que impone una barrera de cercanía administrativa para acceder a una calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.

Una vez expuestos los requisitos y sus respectivos comentarios, pasaremos ahora a tratar las características de la PHP, de acuerdo con el artículo 2.2.9.5.3 del Decreto 600 de 2017.

⁶ Puede consultar el directorio de juntas en este link: <https://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/riesgos-laborales/perfil-del-direktor/juntas-de-calificacion-de-invalidez>

Tabla 6. Características de la PHP

Reconocimiento	
En vista del artículo 2.2.9.5.5 el Ministerio del Trabajo es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la PHP. Quien pretenda ser beneficiario de la prestación deberá aportar los siguientes documentos: i) Copia de la cédula de ciudadanía.; ii) Dictamen ejecutoriado de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional expedido por la respectiva Junta Regional de Calificación, donde se evidencie una pérdida del 50 % o más de su capacidad laboral y el nexo causal entre el acto de violencia suscitado en el territorio nacional con ocasión del conflicto armado interno y el estado de invalidez (asunto ya problematizado); iii) Declaración bajo la gravedad de juramento, donde el aspirante indique que cumple con los requisitos tratados en la Tabla 5; y iv) Certificado expedido por la Entidad Promotora de Salud en el que se indique el estado de afiliación.	
Es intransferible	
El artículo 2.2.9.5.9 establece que la PHP se pierde con la muerte del beneficiario. De conformidad con Tovar y Díaz en este punto se presenta un problema fundamental frente al derecho a la igualdad, ya que tanto la denominada PIVCA como la PHP, en esencia, son la misma prestación y se crearon para lo mismo, la única diferencia recae en que la segunda reglamenta con más requisitos y características que la primera, por tal razón, no debería existir diferenciación alguna para ser potencial beneficiario de una sustitución de la prestación (2022, p. 23).	
Se entregarán 12 prestaciones por año con una periodicidad mensual	
El artículo 2.2.9.5.4 en su parágrafo único respeta derechos adquiridos, estableciendo que las personas a quienes a la entrada en vigencia del Decreto 600 de 2017 se les viene reconociendo la PIVCA y se les haya cancelado 13 o 14 prestaciones anuales se les continuarán realizando el pago en las mismas condiciones.	
Monto	
Se respeta lo establecido desde la Ley 418 de 1997, esto es un SMLMV y su incremento estará sujeto al mismo.	
Es compatible	
Con el reconocimiento de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos (arts. 37 y 66 Ley 100 de 1993)	
No es compatible con ninguna pensión, asignación de retiro o Beneficios Económicos Periódicos (BEPS)	
Para la primera incompatibilidad, remitirse a lo tratado en el comentario del requisito, <i>carecer de requisitos para pensión y/o de posibilidad pensional</i> , puesto que merece el mismo reparo hecho en ese punto. En relación con el segundo rasgo, la asignación de retiro hace parte del régimen especial de la Fuerza Pública; de modo que el Decreto no incluye a los miembros de la Fuerza Pública que tengan una PCL del 50 % como consecuencia del conflicto armado. Por último, conforme a la incompatibilidad de la PHP con los BEPS, este beneficio de ahorro no es una pensión, es una alternativa de ahorro voluntario, pensado para aquellas personas que no alcanzarán a pensionarse o que tienen ingresos inferiores a un salario mínimo, teniendo como máxima desde su creación en el Acto Legislativo 01 de 2005, que este hace parte de un esquema flexible de protección para la vejez, no de la mal llamada invalidez.	

Fuente: Elaboración propia con base en el artículo 2.2.9.5.3 del Decreto 600 de 2017.

Teniendo en cuenta lo explicado y comentado en este acápite, y haciendo referencia a Tovar y Díaz, se distinguen dos grupos de población: el primero, integrado por quienes efectivamente adquirieron la PIVCA antes de la entrada en vigencia del Decreto 600 de 2017; y el segundo, por quienes accedieron a la PHP en vigencia de dicho decreto (2022, p. 22).

No hay duda que el primer grupo de personas ya cuenta con un derecho adquirido, toda vez que la pensión especial se surtió bajo un precepto normativo que nunca fue derogado expresa ni tácitamente y que, además, remite directamente al Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993. En este sentido, para este primer grupo de personas resulta más beneficioso el artículo 46 de la Ley 418 de 1997 que el Decreto 600, de manera que, en caso de muerte del

beneficiario y de contar con potenciales beneficiarios, puede ocurrir una sustitución pensional. Véase como dato fundamental en el reconocimiento de esta prestación lo señalado por Huertas y Pérez: para el año 2017 tan solo se encontraban reconocidas y activas en la nómina de Colpensiones 58 PIVCA, dentro de las cuales se incluían dos pensiones de sobrevivientes.

Frente al segundo grupo de personas, con base en las *Tablas 5 y 6*, se puede evidenciar que hay requisitos y características de la ahora denominada PHP que resultan a todas luces problemáticos y disonantes. Por una parte, se encuentra la imposibilidad de transferir la prestación; pero, por otra, el artículo 2.2.9.5.4, en su parágrafo único, respeta los derechos adquiridos en cuanto al número de mesadas. De manera que se evidencia una doble connotación, como lo resaltan Tovar y Díaz (2022, p. 23) y Segura (2022, p. 78), permitiéndose abordar cierto aseguramiento a los derechos adquiridos, pero, a renglón seguido, hay una suerte de antítesis con las posturas de la Corte Constitucional que cimentan este Decreto.

Conclusiones

En este artículo se analizaron algunas disposiciones y tensiones entre la PIVCA, regulada desde la década de los noventa, y la PHP, reglamentada por el Decreto 600 de 2017. Este análisis, pretendió ir más allá del cambio de denominación: primero, exponiendo consideraciones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional en el marco del trasegar normativo de la problemática discutida, con el fin de dilucidar controversias sobre la naturaleza, fundamentos, requisitos y fuente de financiación; y segundo, detallando los requisitos y características de la PHP en términos de beneficios, y sobre todo de comentarios que reflexionan sobre esta, centrándose nuestra atención en la consolidación de barreras administrativas difícilmente superables para las víctimas del conflicto armado interno que afrontan un PCL superior al 50 % producto del mismo. Resultan, según los reparos realizados y en comparación, más beneficiosas las reglas establecidas inicialmente en artículo 46 de la Ley 418 de 1997.

Aunque el Decreto 600 pretende aclarar y precisar la evolución jurisprudencial dada por la Corte Constitucional en torno a la PIVCA, este resulta desproporcionado en cuanto a los requisitos y características. Como se explicó, no tiene en cuenta variables de contexto, como los escasos recursos de los potenciales beneficiarios de las prestaciones, o barreras geográficas y administrativas, como las relacionadas con el número y ubicación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. Además, no sigue una línea progresiva de derechos que se venía consolidando desde la década del noventa, más bien resuelve recortarlos y prohibirlos, como el caso de la restricción que impide transferir la PHP en caso de muerte del beneficiario.

Así las cosas, se hace imperioso manifestar que pese al cambio de denominación, las prestaciones aquí tratadas, sus requisitos y características no pueden convertirse en un obstáculo para el reconocimiento de las víctimas que pretendan acceder a ellas, sobre todo cuando desde la centralidad del Estado, que ha apostado por la paz, se pregoná la verdad, la justicia y la reparación para las víctimas del conflicto armado interno y sus territorios.

Referencias bibliográficas

Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 114.

Congreso de la República de Colombia. (1968, 31 de diciembre). Ley 74 de 1968. *Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.* Diario Oficial n.º 32.682.

Congreso de la República de Colombia. (1993, 23 de diciembre). Ley 100 de 1993. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial n.º 41.148.

Congreso de la República de Colombia. (1993, 30 de diciembre). Ley 104 de 1993. *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial n.º 41.158.

Congreso de la República de Colombia. (1995, 14 de febrero). Ley 241 de 1995. *Por la cual se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la Ley 104 de 1993.* Diario Oficial n.º 42.719.

Congreso de la República de Colombia. (1997, 18 de julio). Ley 387 de 1997. *Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.* Diario Oficial n.º 43.091.

Congreso de la República de Colombia. (1997, 26 de diciembre). Ley 418 de 1997. *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial n.º 43.201.

Congreso de la República de Colombia. (1999, 23 de diciembre). Ley 548 de 1999. *Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial n.º 43.827.

Congreso de la República de Colombia. (2002, 5 de agosto). Ley 762 de 2002. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999.* Diario Oficial n.º 44.889.

Congreso de la República de Colombia. (2002, 23 de diciembre). Ley 782 de 2002. *Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.* Diario Oficial n.º 45.043.

Congreso de la República de Colombia. (2003, 29 de enero). Ley 797 de 2003. *Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales Exceptuados y Especiales.* Diario Oficial n.º 45.079.

Congreso de la República de Colombia. (2005, 25 de julio). Acto Legislativo 01 de 2005. *Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.* Diario Oficial n.º 45.980.

Congreso de la República de Colombia. (2006, 22 de diciembre). Ley 1106 de 2006. *Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002, y se modifican algunas de sus disposiciones.* Diario Oficial n.º 46.490.

Congreso de la República de Colombia. (2009, 31 de julio). Ley 1346 de 2009. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.* Diario Oficial n.º 47.427.

Congreso de la República de Colombia. (2010, 21 de diciembre). Ley 1421 de 2010. *Por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006.* Diario Oficial n.º 47.930.

Congreso de la República de Colombia. (2011, 10 de junio). Ley 1448 de 2011. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial n.º 48.096.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2004, 22 de enero). Sentencia T-025 de 2004 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-025-14.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2004, 27 de enero). Sentencia C-038 de 2004 (Eduardo Montealegre Lynett, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-038-04.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2009, 15 de enero). Auto 006 de 2009 (Manuel José Cepeda Espinosa, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a006-09.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2011, 30 de marzo). Sentencia C-228 de 2011 (Juan Carlos Henao Pérez, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-228-11.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2012, 21 de junio). Sentencia T-463 de 2012 (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-463-12.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013, 18 de julio). Sentencia T-469 de 2013 (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-469-13.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014, 9 de octubre). Sentencia C-767 de 2014 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-767-14.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014, 11 de diciembre). Sentencia T-921 de 2014 (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-921-14.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2015, 29 de enero). Sentencia T-032 de 2015 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-032-15.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2015, 12 de febrero). Sentencia T-074 de 2015 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-074-15.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016, 26 de octubre). Sentencia SU-587 de 2016 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU587-16.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2018, 16 de mayo). Sentencia T-209A de 2018 (Alberto Rojas Ríos, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-209a-18.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2019, 20 de febrero). Sentencia T-067 de 2019 (Alejandro Linares Cantillo, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-067-19.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2021, 18 de agosto). Sentencia SL-3675 de 2021 (Fernando Castillo Cadena, M. P.).
<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/09/SL3675-2021.pdf>

Ministerio del Trabajo de la República de Colombia. (2017, 6 de abril). Decreto 600 de 2017. *Por el cual se adiciona al título 9 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015 un capítulo 5º. Para reglamentar la prestación humanitaria periódica para las víctimas del conflicto armado de que trata el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, y su fuente de financiación.*

Ministerio del Trabajo de la República de Colombia. (2022, 21 de junio). Decreto 1040 de 2022. *Por el cual se adiciona un parágrafo al artículo 2.2.5.1.16 del Capítulo 1 del Título 5 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, a efectos de reglamentar el valor de los honorarios para la calificación de pérdida de capacidad laboral de quienes aspiran a la Prestación Humanitaria Periódica para las Víctimas del Conflicto Armado.*

Acosta Navas, J. P. (2018). Pensión de invalidez para víctimas del conflicto: una herramienta para la reconciliación y la construcción de paz. *Nuevo Derecho*, 14(22), 55–82.
<https://doi.org/10.25057/2500672X.1062>

Carrillo, B. F. (2016). *Ánalisis jurídico de la pensión especial de invalidez para las víctimas del conflicto armado en Colombia*. [Trabajo de pregrado, Universidad Libre]. Repositorio institucional de la Universidad Libre.
<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/9669>

Colpensiones. (2014, 30 de julio). Concepto 6.187.485. Lineamientos para el reconocimiento de pensiones por Invalidez para víctimas de la violencia - Cumplimiento Sentencia T-469/13.
https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/concepto_colpensiones_6187485_2014.htm

Duque Giraldo, M., Hoyos Pulgarín, S. y Ladino Grisales, J. M. (2019). *La pensión de invalidez para víctimas del conflicto armado en Colombia*. Repositorio institucional de la Universidad Libre. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/17479>

Flórez Barros, I. P. (2021). El conflicto armado y la omisión legislativa del estado frente a la figura de la prestación humanitaria periódica (PHP): deber estatal del principio de solidaridad constitucional. *Vis Iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 8(16), 1-26. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/2315>

Huertas Mendivelso, D., y Pérez González, L. (2017a). Análisis de la gestión del estado frente a la garantía de la pensión especial de invalidez a víctimas de la violencia o prestación humanitaria periódica para víctimas del conflicto armado. *Heurística*, 28(20), 383-408. <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/45052>

Huertas Mendivelso, D., y Pérez González, L. (2017b). Pensión especial de invalidez y prestación humanitaria periódica para víctimas del conflicto armado en Colombia. *Derecho y Realidad*, 15(29), 1-26. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/9086

Segura Tirado, K. V. (2022). Barreras de acceso a la garantía de prestación humanitaria periódica para las víctimas del conflicto armado en situación de invalidez. [Trabajo de pregrado, Universidad de Antioquia]. Repositorio institucional de la Universidad de Antioquia. <http://hdl.handle.net/10495/27212>

Tovar de las Casas, S. y Díaz Franco, R. M. (2022) La prestación humanitaria periódica, presente y futuro de la protección especial a las víctimas del conflicto armado en Colombia ¿Es posible mejorar? [Trabajo de maestría, Universidad Javeriana]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Javeriana. <http://hdl.handle.net/10554/60312>



El deber de requerimiento para garantizar el debido proceso administrativo en las solicitudes de visas

Roger Adrian Villalba Ortega¹

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar los actos administrativos discrecionales de negación e inadmisión que se expiden tras las solicitudes de visas en la regulación colombiana. Para ello, se analiza el procedimiento empleado por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la luz del debido proceso colombiano. Igualmente, se realiza un análisis entre lo establecido por la norma especial con las normas generales del procedimiento administrativo, comparando con lo establecido por la Ley 1755 de 2015 y la Constitución Política. Se hace uso de la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo. Se concluye que la expedición de los actos administrativos discrecionales de inadmisión y negación sin que haya existido un requerimiento durante el trámite vulnera el debido proceso de los solicitantes.

Palabras clave: Ministerio de Relaciones Exteriores, visa colombiana, regulación migratoria, actos administrativos, deber de requerimiento, facultad discrecional, nulidad.

¹ Abogado de la Universidad de Cartagena y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: rvillalba.abg@gmail.com

Artículo presentado como trabajo de grado para optar al título de especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia.



El deber de requerimiento para garantizar el debido proceso administrativo en las solicitudes de visas

Introducción

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia tiene la facultad reglamentaria residual en los aspectos procedimentales, administrativos y de trámite propio de las visas colombianas, conforme a lo establecido en el artículo 59 de la Ley 2136 del 2021. A lo largo de los años, se han creado diversos tipos de visas y se han reglamentado aspectos como las decisiones que pueden derivarse de sus solicitudes. Actualmente, en Colombia, se cuenta con tres tipos de visas: de visitante, de migrante y de residente. No obstante, este proceso no tiene vía administrativa regulada.

Es importante agregar que el ministerio no solo tiene la facultad reglamentaria, sino que también se encarga de tomar las decisiones de aprobación, inadmisión o negación de cualquier solicitud de visa. Las decisiones de inadmisión y negación han sufrido una leve modificación en los últimos años, sobre todo con la consecuencia que se deriva de recibir una negación; toda vez que el solicitante debe abandonar el país y aplicar desde un consulado en su país de origen o de residencia (Resolución 5477 de 2022, artículo 99).

Teniendo en cuenta lo anterior, surge una inquietud relevante en la práctica: al no requerir al solicitante ¿podría el Ministerio de Relaciones Exteriores no seguir algunos principios constitucionales básicos, como el debido proceso en los procedimientos administrativos?

En este sentido, las líneas argumentativas del presente artículo se desarrollan de la siguiente manera: (i) se analiza el concepto de procedimiento administrativo y de acto administrativo; (ii) se plantea las solicitudes de visas como procedimiento administrativo y se asume que el acto que se expide al finalizar el procedimiento de visas es un acto administrativo; y (iii) se explica la obligación de requerir por parte del ministerio en las solicitudes de visas como una garantía del debido proceso.

De este análisis se desprende que los actos de aprobación, inadmisión y negación de visa son actos administrativos y, por tanto, son susceptibles de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Además, se evidencia que, al no existir un requerimiento previo por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores durante el trámite del proceso de visa, existe una vulneración de los derechos del solicitante (especialmente del debido proceso). Finalmente, se controvierte el argumento de que la facultad discrecional permite al ministerio no realizar dichos requerimientos y simplemente negar o inadmitir una visa.

1. Breve contexto sobre el procedimiento administrativo

Para analizar detalladamente el procedimiento de solicitud de visa, primero, se debe aclarar que este es un procedimiento administrativo y el acto que puede aprobar, inadmitir o negar una visa es un acto administrativo, contrario a lo que ha sostenido el Ministerio de Relaciones Exteriores, que es un acto de gobierno.

Es importante señalar que “todas las actuaciones administrativas se sujetan al procedimiento administrativo común y principal que establece el CPACA, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplica las disposiciones de la Parte Primera del CPACA” (Ley 1437 de 2011, art. 34). En este punto, el Consejo de Estado ha indicado que:

Al respecto, la primera parte del Código Contencioso Administrativo, [sic] establece las reglas generales de la actuación administrativa, es decir el procedimiento administrativo que en general las autoridades estatales -y los particulares que ejerzan funciones administrativas-, en defecto de un procedimiento especial establecido por el legislador, deben seguir cuando se proponen expedir un acto administrativo, procedimiento que contiene los requisitos mínimos de un trámite que resulta sencillo y relativamente descomplicado, en consideración a que en él, cuando apunta a la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, pueden participar todos los administrados que de una u otra forma resultarán afectados con las decisiones administrativas sujetas a dicha regulación procedural, de modo que se debe facilitar su acceso a las actuaciones de la Administración (Rad. 11001-03-26-000-2004-00020-00, 2009).

De la cita anterior se entiende que los actos administrativos surgen de actuaciones administrativas, las cuales se deben sujetar al procedimiento administrativo establecido en las normas especiales y subsidiariamente al CPACA. En caso de no existir una norma especial, se deberá seguir el procedimiento general del CPACA.

Por consiguiente, se define lo que es el procedimiento administrativo al cual deben acogerse todas las actuaciones administrativas. Según Jaime Orlando Santofimio Gamboa este es:

El sendero preestablecido legalmente, y que consiste en trámites y formalidades, a los cuales deben someterse las autoridades administrativas en ejercicio de sus actuaciones, tendientes a la producción de actos administrativos, para que éstos en su formación obedezcan a una trayectoria garante de los derechos de los interesados y de la comunidad en general; lo mismo que de las ritualidades tendientes a impedir la arbitrariedad o el incumplimiento de los fines sociales y el interés general (Santofimio, 1998, p. 123).

Cabe resaltar, así, varios puntos: (i) el procedimiento administrativo consiste en una cadena de trámites y formalidades; (ii) el sujeto que debe seguir el procedimiento administrativo es la autoridad administrativa, así como los particulares en ejercicio de funciones administrativas, según lo establecido en el artículo 2º de la Ley 1437 del 2011; (iii) estos sujetos deben aplicar dicho procedimiento en sus actuaciones cuando se busque la producción de un acto administrativo para evitar la arbitrariedad o incumplimiento de los fines sociales y el interés general; y (iv) se busca garantizar los derechos de los interesados y de la comunidad en general.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha establecido que:

A partir de una noción de “procedimiento” que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas (Sentencia C-640/02, 2002).

En lo establecido por la Corte Constitucional se mencionan varios puntos también importantes: (i) el procedimiento administrativo se debe cumplir cuando se busque crear actos administrativos, como se había mencionado anteriormente; y (ii) el procedimiento administrativo busca satisfacer el interés general mediante las decisiones adoptadas por quienes ejercen funciones administrativas.

Es importante resaltar que “la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política” (Ley 489 de 1998, art. 4). Por consiguiente, para saber quiénes ejercen funciones administrativas el Consejo de Estado ha establecido que:

Corresponden en principio a actividades encomendadas al ejecutivo y dirigidas a la aplicación de la Constitución, de la ley, y de los ordenamientos inferiores. En un sentido más amplio y acorde con nuestra realidad institucional, por función administrativa se entiende aquella que se ejerce por parte de los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley, y que, excepto para las supremas autoridades administrativas, se caracteriza por la presencia de un poder de instrucción. Entonces, el género es la función pública y una de sus especies es la función administrativa, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado. Así las cosas, la función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares,

con la finalidad de materializar los derechos y principios consignados en la parte dogmática de la Constitución (Rad. 11001-03-06-000-2019-00051-00, 2019).

Se concluye, entonces, que la función administrativa: (i) es una actividad del poder estatal; (ii) la ejercen los agentes del Estado o particulares expresamente autorizados por la ley; (iii) se caracteriza por un poder de instrucción; y (iv) busca materializar principios constitucionales.

Se destacan, por lo tanto, los elementos del procedimiento administrativo. Estos son: (i) sujeto: la autoridad administrativa o el particular en ejercicio de la función administrativa porque están obligados a seguirlo; (ii) forma: consiste en trámites y formalidades por esa razón es reglado; (iii) teleología: se busca garantizar los derechos de los interesados y de la comunidad en general; por consiguiente, busca garantizar los derechos de los administrados; y (iv) materialidad: se evita la arbitrariedad o incumplimiento de los fines sociales y el interés general; v) objetivo: la producción de un acto administrativo.

Ahora bien, si el procedimiento administrativo crea actos administrativos, es importante aclarar qué es un acto administrativo. El Consejo de Estado lo ha definido como “toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos. Esto quiere decir que un pronunciamiento de la Administración es un acto administrativo si tiene por contenido crear, extinguir o modificar una situación jurídica general o particular” (Rad. 05001-23-31-000-2002-03531-01, 2011). No obstante, se debe tener muy claro que no siempre todos los actos emitidos por una autoridad estatal son actos administrativos, también existen actos jurisdiccionales emitidos por una autoridad del Estado. Su diferencia es de suma relevancia al existir medios de control judicial que enjuician la legalidad del acto administrativo, y que no son aplicables a actos jurisdiccionales. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

Existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario

administrativo carece de algunos de esos rasgos. Desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal (Sentencia C-189/98, 1998).

Por consiguiente, el acto administrativo es emitido por un funcionario que no tiene las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. El acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada, pero sí es importante resaltar que, según el artículo 88 de la Ley 1437 del 2011, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad hasta que no hayan sido anulados por un juez administrativo. La Corte Constitucional ha mencionado sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos que:

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que [sic] en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad (Sentencia C-1436/00, 2000).

La legalidad del acto administrativo se presume, porque se le garantiza a los administrados que la administración actuó en cumplimiento de los parámetros fijados por la Constitución y la ley. Adicionalmente, tenemos que los actos administrativos surgen de un procedimiento administrativo que comienza con una actuación administrativa según lo establecido en la Ley 1437 de 2011, artículo 4.

Finalmente, los actos administrativos tienen varias clasificaciones, pero una de las más importantes es “según sus destinatarios, los actos administrativos pueden ser singulares, individuales o concretos los cuales tienen efectos respecto de una o varias personas determinadas y generales, cuando los destinatarios son indeterminados y su contenido es abstracto” (Rad. 11001-03-28-000-2013-00017-00, 2013).

Se concluye que en el acto administrativo: (i) su destinatario puede ser determinado o indeterminado; (ii) es una manifestación unilateral de voluntad de quien ejerce la función administrativa; (iii) crea, extingue o modifica una situación jurídica general o particular; (iv) lo emite una autoridad administrativa o un particular en ejercicio de funciones administrativas, no en ejercicio de funciones judiciales; y (v) se presume legal hasta que no sea anulado por un juez.

2. Las solicitudes de visa como procedimiento administrativo

De acuerdo con los elementos del procedimiento administrativo antes señalados, se demuestra a continuación que las solicitudes de visas colombianas cumplen con cada uno de ellos. Por tanto, el acto que aprueba, admite o niega una visa es un acto administrativo contrario a lo afirmado por el Consejo de Estado en sentencia de nulidad simple que estudiaba la violación del artículo 29 de la Constitución Política por parte del Decreto 2371 de 1996, que regulaba el tema de las visas colombianas en ese entonces.

En la sentencia mencionada, el demandante afirmaba que, al no contemplar causales propias que se deben tener en cuenta para la cancelación de visas y al no permitir interponer recursos administrativos, se presentaba una violación al debido proceso. No obstante, dentro del fallo el Consejo de Estado indicó un punto relevante para este trabajo:

Al respecto la Sala encuentra, que del texto del artículo 29 constitucional se deduce claramente que en el trámite de la actuación administrativa debe respetarse el derecho de defensa, pero de dicho precepto no se deriva, necesariamente, que los actos administrativos relacionados con el tema que ocupa a la Sala, [sic] deban ser, por principio, susceptibles de recursos en la vía gubernativa, cuando en realidad no se adelanta una verdadera actuación administrativa previa a dicha decisión. Lo cierto es que como pueden ser controlados por la jurisdicción contencioso administrativa, y en la práctica lo son en ejercicio de las acciones respectivas, con ello se asegura el derecho de defensa del interesado (Rad. 5123, 1999).

Se debe considerar que, para el Consejo de Estado de la época, en el trámite de visas no se adelantaba una verdadera actuación administrativa previa a la decisión; por ello, resultaba lógico en ese entonces que el trámite no tuviese vía gubernativa. Sin embargo, conviene advertir que este fallo es de hace más de veinte años y se emitió bajo los parámetros del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo). A la luz de la normatividad vigente, desconoce lo regulado en la Ley 1437 del 2011, que señala que toda actuación que inicie una persona se realiza en ejercicio del derecho de petición.

Así, al presentarse una petición se inicia una actuación administrativa que, para el caso concreto, debe guiarse bajo los parámetros de la Ley 2136 del 2021; es decir, la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano, respetando las garantías que le ofrece al solicitante la Ley 1755 del 2015. Se resalta que se debe proteger el debido proceso del solicitante durante el trámite al finalizar la actuación con un acto administrativo de negación o inadmisión que están incluidos en la Resolución 5477 del 2022 —esto se explicará posteriormente cuando se analice el debido proceso en las solicitudes de visa—. Se evidencia, pues, que estas normas no existían al momento del fallo del Consejo de Estado. Así, se puede concluir que las circunstancias y la

legislación han cambiado. En consecuencia, este fallo no es aplicable hoy en día. Toda vez que sí existe una actuación administrativa previa a la decisión.

Ahora bien, en temas migratorios es importante resaltar que el sujeto que emite el acto de aprobación, inadmisión o negación de una visa es una autoridad administrativa, siendo más precisos el Ministerio de Relaciones Exteriores, en cumplimiento de sus funciones².

Para otorgar esas autorizaciones de ingreso, el artículo 59 de la Ley 2136 del 2021 le permite al ministerio crear un procedimiento especial mediante su facultad residual reglamentaria. Procedimiento que actualmente está reglado por los artículo 8, 11, 13, 94, 95, 97, 19, 96, 12 de la Resolución 5477 del 2022. Es decir, se sigue un trámite reglado.

Por esta razón, se debe aclarar que los extranjeros, según el artículo 100 de la Constitución Política, tienen los mismos derechos civiles que los colombianos, pero la ley puede por razones de orden público subordinar a condiciones especiales, incluso negar el ejercicio de alguno de ellos. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido:

Los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley; así, es evidente que la mencionada disposición constitucional garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y asegura la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales. Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residentes en el territorio de la República pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el artículo 4º, inciso segundo de la Carta que expresa: "Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades." En este sentido es preciso advertir que bajo el nuevo marco constitucional, en ningún caso el legislador está habilitado y mucho menos la autoridad administrativa, ni siquiera por vía del reglamento como es el caso de los Decretos 2268 de 1995 y 2241 de 1993, para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular (Sentencia T-215/96, 1996).

Se entiende, entonces, que los extranjeros tienen derechos y deberes en Colombia; incluso si estos se encuentran en condición irregular no se pueden vulnerar sus derechos fundamentales.

² "Formular, orientar, ejecutar y evaluar la política migratoria de Colombia y otorgar las autorizaciones de ingreso de extranjeros al país, en coordinación con la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia" (Decreto 869 de 2016, artículo 4).

Por tanto, ellos, al igual que los nacionales colombianos, hacen parte de los administrados; es decir, de la comunidad en general y son los interesados directos en que se resuelva su solicitud.

La forma como ingresan al país tiene gran relevancia para el ejercicio de los demás derechos reconocidos por la ley, pues además de los derechos fundamentales existen otros de carácter civil. Sin embargo, para el goce de estos últimos es necesario encontrarse de manera regular en el territorio nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que establece que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y puede escoger en él su residencia.

Por consiguiente, el Estado colombiano, para propender por una migración segura, ordenada y regular —a través de un acto administrativo expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores— establece los países exentos de visa. La Resolución 5488 del 2022 señala que los nacionales de esa lista de países no requieren visa para realizar tránsito aeroportuario o actividades de corta estancia, siempre que estas no generen pagos por servicios, salario o sueldo en Colombia. Adicionalmente, el artículo 3 de dicha resolución indica que una actividad de corta estancia es aquella cuya duración es menor de 90 días y que puede ser extensible hasta 180 días.

Es importante resaltar que los extranjeros para aplicar a una visa deben encontrarse de manera regular, como se mencionó anteriormente; por consiguiente, deben probar que cuentan con un salvoconducto, visa o días de turismo en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 13 de la Resolución 5477 del 2022, entendiéndose que no pueden solicitar una visa encontrándose irregularmente en el país.

Ahora bien, a través de su facultad reglamentaria residual, el ministerio reglamenta mediante resolución los aspectos procedimentales, administrativos y de trámite propio de las visas, tanto de los países no exentos como de las personas de nacionalidades exentas que requieran permanecer por más tiempo en el territorio nacional.

Se destaca que estos actos antes señalados son de carácter general, pero también son políticos o de gobierno porque surgen en cumplimiento del artículo 226 de la Constitución Política, es decir, de la dirección de las relaciones internacionales que tiene el Presidente de la República, concretamente la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas.

No obstante, una vez reglamentados los requisitos para obtener una visa, para darle cumplimiento y ejecutar lo establecido en esos actos, se debe realizar un trámite administrativo y los actos resultantes de ese procedimiento son actos administrativos de carácter particular, contrario a lo que sostiene el Ministerio de Relaciones Exteriores que son actos políticos o de gobierno. Es decir, no se puede confundir el acto que aprueba, inadmite

o niega una visa con los actos políticos que regulan la lista de países que pueden ingresar con días de turista o el acto que crea los diferentes tipos de visas.

Es importante tener en cuenta lo anterior, toda vez que el acto que aprueba admite o niega una visa crea una situación jurídica específica al solicitante, a tal punto que puede permitir que un extranjero se encuentre de manera legal y goce de los derechos civiles permitidos por la legislación colombiana en territorio nacional.

Es relevante resaltar que “toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo” (Ley 1437 de 2011, art. 13). En el caso de las solicitudes de visa, todas ellas se deben realizar a través de la plataforma digital dispuesta para ello como lo establece el artículo 8 de la Resolución 5477 del 2022. Por consiguiente, las solicitudes de visas inician con la presentación de una petición virtual con el fin de obtener una respuesta que, como se señaló anteriormente, crea una situación jurídica que afecta los derechos o posibles derechos que tiene un extranjero en territorio nacional; dicho de otra forma, busca la expedición de acto administrativo que puede ser de aprobación, admisión o negación.

Se debe recordar nuevamente que, si bien es cierto el legislador autorizó al Ministerio de Relaciones Exteriores a crear un procedimiento especial para las solicitudes de visas, sus etapas se encuentran regladas. Esto se ve reflejado en “el estudio de las solicitudes de visa, así como los procedimientos para cancelación y terminación anticipada de la vigencia de la visa, se guían por los principios de legalidad, carga del solicitante, economía procesal, publicidad y buena fe” (Resolución 5477 de 2022, art. 5). Por lo tanto, en lo no establecido, siempre se debe guiar por los parámetros del CPACA.

Se concluye en este acápite que las solicitudes de visas constan de etapas y pasos a seguir, los cuales se encuentran reglados, cumpliendo con el principio de legalidad, y se inician con la radicación virtual de una petición. Además, una vez agotado el procedimiento, la aprobación de una visa acredita que “el portador extranjero reúne los requisitos de admisión al territorio nacional por un plazo de permanencia y actividad determinados” (Ley 2136 de 2021, art. 59). Por consiguiente, estamos ante un acto expedido por una autoridad administrativa en el ejercicio de funciones administrativas, que crea una situación jurídica específica tras agotarse un procedimiento administrativo especial reglado que debe respetar el debido proceso.

3. Algunos apuntes sobre el debido proceso

Se debe tener presente que, por mandato constitucional, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Constitución Política, 1991, art. 29). No obstante, aunque se extiende a las actuaciones administrativas, no se aplica de la misma

manera en los procedimientos administrativos que en los judiciales. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que:

La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos (Sentencia C-034/14, 2014).

Por consiguiente, al ser un derecho fundamental pilar en cualquier procedimiento administrativo, es importante saber qué es el debido proceso administrativo. Al respecto, la Corte Constitucional lo ha definido como:

[...] (i) un conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Se ha precisado también que con esta garantía se busca (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (Sentencia T-796/06, 2006).

Se puede entender, entonces, que el debido proceso es una secuencia de actos o etapas por parte de la autoridad que guardan una relación entre sí, con una finalidad previamente determinada en la Constitución Política. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que este “hace referencia a la aplicación de los procedimientos legalmente establecidos por parte de las entidades del Estado, en el curso de cualquier actuación administrativa, con el propósito de garantizar los derechos de las personas que puedan resultar afectadas por las decisiones de la administración” (Rad. 41001-23-33-000-2013-00445-01, 2020).

El debido proceso se aplica a cualquier actuación administrativa con la finalidad de garantizar los derechos de las personas que pueden resultar afectadas. En este punto es importante señalar que el incumplimiento de cualquier etapa no necesariamente implica su violación. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado determinó que:

Una irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo se considera como sustancial, cuando incide en la decisión de fondo que culmina con la actuación administrativa, contrariando los derechos fundamentales del administrado, es decir, que [sic] de no haber existido tal irregularidad, el acto administrativo que

define la situación jurídica debatida hubiese tenido un sentido sustancialmente diferente. Por el contrario [sic] las irregularidades o vicios, que no afectan el fondo del asunto discutido, esto es, que [sic] de no haber ocurrido, la decisión definitiva hubiese sido en igual sentido, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (Rad. 05001-23-33-000-2014-02189-01, 2019).

Se entiende de lo anterior que no toda irregularidad dentro de las etapas adelantadas en el procedimiento administrativo o inobservancia de algunos requisitos formales vulneran el debido proceso, sino que este derecho se vulnera cuando dentro del procedimiento para la expedición de un acto administrativo se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten al administrado. Ahora bien, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-279/23 de 2023, reitera lo señalado en su extensa jurisprudencia a cerca de las garantías que hacen parte del debido proceso, citando lo siguiente:

El debido proceso administrativo garantiza, entre otros, los siguientes derechos: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

Se debe resaltar que la afectación de cualquiera de estas garantías produce que el acto administrativo sea demandable vía la acción de nulidad y restablecimiento por violación al derecho fundamental del debido proceso.

4. El debido proceso en las solicitudes de visa

Las solicitudes de visa inician con la radicación de la petición y el pago de la tasa de estudio (Resolución 5477 de 2022, art. 11). Una vez estudiada la solicitud, el proceso termina con un acto de aprobación, inadmisión (Resolución 5477 de 2022, art. 98) o negación (Resolución 5477 de 2022, art. 99). Es importante señalar que, si bien es cierto el trámite es reglado, el Ministerio de Relaciones Exteriores conserva la facultad discrecional de decidir si aprueba, inadmite o niega una visa, incluso puede cancelar una visa ya aprobada. No obstante, esa facultad discrecional no es absoluta y no puede ser sinónimo de arbitrariedad. Al respecto, el Consejo de Estado estableció que:

[...] sí se hace preciso requerir al Ministerio de Relaciones Exteriores para que, en lo sucesivo, al adoptar decisiones que comprometan la libertad de los extranjeros para permanecer en el país, tenga en cuenta que el hecho de ejercer una facultad discrecional no puede ser pretexto para actuar de forma arbitraria, lo que sucede si para cancelar una visa se tiene en cuenta, solamente, una denuncia contenida en un informe de inteligencia, que no ha sido verificada por la jurisdicción tras adelantar un proceso en donde se respeten las garantías del debido proceso (Rad. 25000-23-26-000-1998-00844-01, 2017).

De la cita anterior se desprende que al Ministerio de Relaciones Exteriores se le ordenó, al momento de adoptar decisiones que comprometan la libertad de los extranjeros para permanecer en el país, que: (i) no tome decisiones arbitrarias bajo la excusa de la facultad discrecional, y (ii) respetar las garantías del debido proceso.

Para comprender la aplicación de lo mencionado por el Consejo de Estado en el trámite de visas, se debe mencionar que las consecuencias jurídicas de una aprobación, inadmisión o negación son diferentes. En los casos de aprobación, se crea una situación jurídica en la cual se autoriza al extranjero ingresar al territorio colombiano por un determinado tiempo a desarrollar ciertas actividades limitadas al tipo de visa.

Por otro lado, en el caso de las inadmisiones el extranjero no podrá ingresar o permanecer en el país por un período de tiempo mayor a los días de turista, en caso de que sea una de las nacionalidades exentas. Adicionalmente, perderá el pago de la tasa de estudio, pero podría aplicar nuevamente. No obstante, cuando la solicitud de visa termina con una negación, la normatividad migratoria establece que el extranjero “deberá abandonar el país dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la negación y no podrá registrar una nueva solicitud dentro de los seis (6) meses siguientes al rechazo.” (Resolución 5477 de 2022, art. 99). En la misma disposición se señala que el extranjero tendrá que presentar la solicitud desde su país de origen; por otro lado, se le comunica que su solicitud fue negada bajo la facultad discrecional del Estado, pero, las razones de fondo que motivaron la negación están sujetas a reserva y solo se le informan a la autoridad competente que lo requiera.

Varios puntos importantes resaltables con la negación de una visa: (i) es un acto con fundamento en la facultad discrecional del Estado; (ii) las razones de fondo tienen reserva legal; (iii) aunque sea un acto administrativo motivado, las razones de fondo no son informadas al solicitante, solamente, si una autoridad competente lo requiere; (iv) el extranjero deberá abandonar el país dentro de los 30 días siguientes; v) deberá presentar una nueva solicitud después de 6 meses desde el país de origen o residencia permanente; y (vii) perderá lo pagado en la tasa de estudio.

Es importante resaltar que la decisión de negación tiene reserva legal. Sobre este punto el Consejo de Estado en sentencia que resolvía el medio de control de nulidad simple señaló que:

Se observa que el pretranscrito artículo 51 establece una reserva sobre el archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores, y de suyo se entiende que tal archivo está conformado por los documentos e información a cargo de dicho Ministerio relativos a sus funciones, entre las cuales se encuentran, justamente, las relacionadas con el otorgamiento de visas, luego, los documentos que se presenten para la solicitud de las mismas son parte de ese archivo y quedan cobijados por la reserva de éste establecida mediante norma con fuerza de ley, lo cual, incluso, ha sido elevado a la categoría de principio rector de la carrera diplomática mediante el artículo 4, numeral 9, del Decreto Ley 274 de 2000, que regula el servicio exterior y la carrera diplomática y consular (Rad. 11001-03-24-000-2001-0224-01(7232), 2002).

Sin embargo, el contexto de la decisión del Consejo de Estado fue sobre el Decreto 2371 de 1996, el cual decía en sus artículos 21 y 169 que tenían carácter reservado los documentos presentados para la solicitud de una visa; además, del registro de extranjeros, la información de inteligencia, la judicial y la información del movimiento migratorio que reposa en los archivos del Departamento Administrativo de Seguridad DAS. No obstante, el solicitante (el extranjero) podía solicitar fotocopia o desglose de estos. Con el nuevo reglamento, el extranjero no puede tener conocimiento de los motivos de una negación, incluso de una inadmisión como consecuencia de la facultad discrecional, vulnerando gravemente el artículo 8º de la Ley Estatutaria 1581 de 2012³.

Se tiene, entonces, que la negación de una visa está realmente planteada en el reglamento como una especie de sanción al extranjero, ejercida en virtud de la facultad discrecional. Además, los motivos que dieron origen a la negación tienen reserva legal y no le son dados al extranjero solicitante.

Así, con la negación se compromete la libertad de los extranjeros de permanecer en el país, en virtud de que deben abandonarlo y aplicar después de 6 meses desde el lugar de origen o residencia. Esto podría incluso, en algunos casos, resultar violatorio a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debido a la prohibición de que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (Convención Americana sobre

³ “a) Conocer, actualizar y rectificar sus datos personales frente a los Responsables del Tratamiento o Encargados del Tratamiento. Este derecho se podrá ejercer, entre otros frente a datos parciales, inexactos, incompletos, fraccionados, que induzcan a error, o aquellos cuyo Tratamiento esté expresamente prohibido o no haya sido autorizado”.

Derechos Humanos, 1969, art. 22). Se debe tener presente que, al tomar una decisión de negación, el extranjero debe abandonar el país en el plazo de 30 días calendario, desconociendo si realmente su libertad o vida se encuentra bajo amenaza en el país de origen o residencia, sobre todo, porque nunca fue escuchado durante el trámite de su solicitud de visa, desconociendo la situación de este al momento de presentar la solicitud; es decir, si se encuentra en una situación donde requiere especial protección.

Por consiguiente, para garantizar que no se tomen decisiones arbitrarias en las solicitudes de visa o para evitar vulnerar gravemente, en ciertos casos, los mandatos de la convención antes señalados con las consecuencias de una negación, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe respetar el debido proceso del extranjero y no sería válido negar una visa con la excusa de la facultad discrecional sin el respeto al derecho en mención. Es decir, se debe aplicar el debido proceso obligatoriamente a las solicitudes de visa, no solo a las cancelaciones de ellas.

Por otro lado, el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta —dentro del procedimiento especial reglado— con la figura del requerimiento, la cual funciona un poco diferente que en el CPACA. En el procedimiento administrativo general el requerimiento aplica, según el artículo 17 de la Ley 1437 del 2011, cuando una petición se encuentra incompleta o sea necesario que el peticionario realice un trámite a su cargo que sea importante para que se emita una decisión de fondo y la actuación pueda continuar. Mientras que, en las solicitudes de visas, según lo establecido en la Resolución 5477 de 2022, el requerimiento aplica según la reglamentación cuando:

ARTÍCULO 97. REQUERIMIENTO. La Autoridad de Visas e Inmigración podrá requerir al solicitante, a través de la plataforma digital de visas, en una o más ocasiones cuando los documentos estén incompletos o ilegibles, cuando la foto no cumpla con los requerimientos técnicos, cuando la información sea ambigua, o para solicitar información adicional. Igualmente, podrá requerir al solicitante y/o personas que avalan su solicitud una entrevista presencial, virtual o telefónica [...].

Del análisis del texto normativo anterior podemos agrupar el requerimiento de visas en dos categorías: por corrección de la solicitud o para ampliar la información. En los casos que se busque una corrección de la solicitud el ministerio lo podrá realizar: (i) cuando los documentos estén incompletos, (ii) cuando los documentos sean ilegibles, (iii) cuando la foto no cumpla con los requerimientos técnicos, y (iv) cuando la información sea ambigua. Por otro lado, podrá requerir para ampliar la información cuando: (i) solicite información adicional o (ii) solicite una entrevista presencial, virtual o telefónica al solicitante y/o personas que avalan su solicitud.

Se debe tener en cuenta que el requerimiento en las solicitudes de visas en el fondo le permite a el extranjero: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, y (iii) ejercer del derecho de defensa y contradicción. Lo cual es trascendental para el cumplimiento del debido proceso administrativo, como se explicó en el acápite precedente.

Analizando lo anterior, en los casos en que se niegue una visa, se está adoptando una decisión que compromete la libertad de permanecer en el país del extranjero, como se demostró anteriormente, y para cumplir con los ordenado por el Consejo de Estado; es decir, para evitar decisiones arbitrarias bajo la excusa de la facultad discrecional se debe garantizar el debido proceso. Por tanto, se hace obligatorio el requerimiento al solicitante.

Igualmente, la garantía del debido proceso se extiende a los casos de las inadmisiones, no se puede entender erróneamente que solo se debe garantizar el debido proceso en las negaciones de visa; toda vez que la inadmisión de una visa es el resultado de un procedimiento administrativo, al cual se le debe garantizar, como a todos los procedimientos administrativos, el debido proceso, tal y como se demostró en los acápitres anteriores.

De esta forma, en ambos casos (inadmisión y negación), a través de la obligación de requerimiento se le permite al extranjero participar de la actuación, ejercer su derecho de defensa y ser oído durante toda la actuación. Esto es trascendental para respetar el debido proceso administrativo, convirtiéndose en la única herramienta dentro de la reglamentación especial que garantiza el respeto del derecho en mención.

Por tanto, aunque existan varios puntos de la reglamentación especial que pueden resultar lesivos al debido proceso como no entregarle al solicitante las razones o motivos de la decisión de negación o, en algunos casos, inadmitir y solamente decir que es por facultad discrecional, sin dar ninguna explicación clara; también, inadmitir y negar sin requerir previamente. Igualmente, obligar a un extranjero a salir del país dentro de los 30 días calendario siguiente sin adelantarse un procedimiento administrativo migratorio sancionatorio en el cual se le garantiza un traductor oficial y que será escuchado durante todo el proceso.

El Ministerio de Relaciones Exteriores tiene el deber de acatar los mandatos constitucionales y los fallos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado en los cuales se le exige el respeto al debido proceso; por consiguiente, para cumplir con estos parámetros, tiene que requerir previamente a una decisión de inadmisión o negación, convirtiéndose en una obligación por parte del ministerio.

Conclusiones

A partir de lo expresado en este trabajo, se concluye que las solicitudes de visa en Colombia constituyen un procedimiento administrativo. En este sentido, los actos de aprobación, inadmisión y negación son actos administrativos. Justificados en estas premisas, es posible derivar de la argumentación que la administración —en cabeza del Ministerio de Relaciones Exteriores— debe garantizar el debido proceso. Adicionalmente, estos actos al ser administrativos son susceptibles de control ante la jurisdicción contenciosa.

En el trámite del procedimiento administrativo, se evidencia que, al no existir un requerimiento previo por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores durante el trámite de la solicitud de visa, existe una vulneración de los derechos del solicitante (especialmente del debido proceso). Así las cosas, se sostiene que, como garantía de ese derecho fundamental, existe un deber de la administración de requerir (cuando ello sea el caso) a los solicitantes, como correlativo deber de la administración al derecho de los solicitantes. Finalmente, se controvierte el argumento de que la facultad discrecional permite al Ministerio de Relaciones Exteriores no realizar dicho requerimiento y simplemente negar o inadmitir una visa.

Uno de los resultados más importantes de este trabajo fue demostrar la necesidad de la implementación del requerimiento en las solicitudes de visas por el Ministerio de Relaciones Exteriores como manifestación de un deber durante el procedimiento administrativo. Este deber, se reitera, protege el derecho al debido proceso que tienen todos los solicitantes, independientemente de su calidad.

Ahora bien, como insumo para otros trabajos académicos, a partir de estas conclusiones del análisis normativo, sería beneficioso que la autoridad administrativa en mención inicie la creación de un manual de buenas prácticas que ayude a los operadores jurídicos en su quehacer. Es decir, como resultado de lo elaborado en este trabajo (la existencia de un deber), en la operación del derecho (práctica jurídica) la autoridad debería tener instructivos claros para que los servidores no tuvieran el riesgo de vulnerar el derecho al debido proceso de los solicitantes. De esta manera, otra investigación podría ocuparse con una metodología de acción participación en la que se creara ese instrumento para la práctica jurídica.

Igualmente, se podría desprender de este trabajo otro que hiciese un análisis jurisprudencial de carácter particular, no solo de los fallos de las Altas Cortes, sino de los jueces administrativos en primera instancia. En este trabajo se buscaría determinar cuál es el control que hacen los jueces administrativos de las actuaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esto tendría implicaciones prácticas cuando los extranjeros hagan valer su derecho al debido proceso administrativo; de esa manera, se evitarían las arbitrariedades disfrazadas de facultad discrecional.

Referencias bibliográficas

- Congreso de la República de Colombia. (2011, 02 de julio). Ley 1437 de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial n.º 47.956.
- Congreso de la República de Colombia. (2012, 17 de octubre). Ley 1581 de 2012. *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*.
- Congreso de la República de Colombia. (2015, 30 de junio). Ley 1755 de 2015. *Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial n.º 49.559.
- Congreso de la República de Colombia. (2021, 4 de agosto). Ley 2136 de 2021. *Por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano - PIM, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º 51.756.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Segunda, (2020, 27 de noviembre). Rad. 41001-23-33-000-2013-00445-01). (Sandra Ibarra Vélez, M. P.).
- Consejo de Estado de la República de Colombia. Sección Cuarta. (2011, 5 de mayo). Rad. 05001-23-31-000-2002-03531-01 (Hugo Bastidas Bárcenas, M. P.).
- Consejo de Estado de la República de Colombia. Sección Primera. (1999, 18 de noviembre). Sentencia n.º 5123 (Olga Navarrete, M. P.).
- Consejo de Estado de la República de Colombia. Sección Primera. (2002, 5 de diciembre). Rad. 11001-03-24-000-2001-0224-01(7232). (Manuel Santiago Urueta Ayola, M. P.).
- Consejo de Estado de la República de Colombia. Sección Primera. (2013, 18 de julio). Rad. 11001-03-28-000-2013-00017-00 (Guillermo Vargas Ayala, M. P.).
- Consejo de Estado de la República de Colombia. Sección Quinta. (2019, 6 de junio). Rad. 11001-03-06-000-2019-00051-00 (Lucy Jeannette Bermúdez, M. P.).
- Consejo de Estado de la República de Colombia. Sección Segunda. (2019, 11 de abril). Rad. 05001-23-33-000-2014-02189-01 (Sandra Ibarra Vélez, M. P.).

Consejo de Estado de la República de Colombia. Sección Tercera. (2009, 13 de mayo). Rad. 11001-03-26-000-2004-00020-00. (Ramiro Saavedra Becerra, M. P.).

Consejo de Estado de la República de Colombia. Sección Tercera. (2017, 19 de octubre). Rad. 25000-23-26-000-1998-00844-01 (Danilo Rojas Betancourth, M. P.).

Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 114.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, 22 de noviembre).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1996, 15 de mayo). Sentencia T-215/96 (Fabio Morón Díaz, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1998, 13 de mayo). Sentencia C-189/98 (José Gregorio Hernández Galindo, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2000, 25 de octubre). Sentencia C-1436/00 (Alfredo Beltrán Sierra, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2002, 13 de agosto). Sentencia C-640/02 (Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2006, 20 de septiembre). Sentencia T-796/06 (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014, 29 de enero). Sentencia C-034/14 (María Victoria Calle Correa, M. P.).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2023, 21 de junio). Sentencia T-279/23 (Diana Fajardo Rivera, M. P.).

Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. (2022, 22 de julio). Resolución 5477 de 2022. *Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y se deroga la Resolución 1980 del 19 de marzo de 2014 y la Resolución 6045 del 2 de agosto de 2017.* Diario Oficial n.º 52.103.

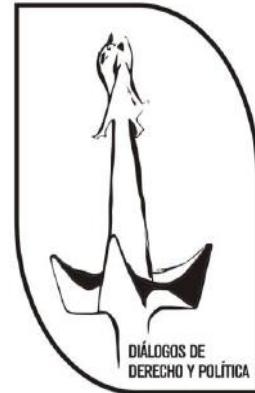
Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. (2022, 22 de julio). Resolución 5488 de 2022. *Por la cual se establecen disposiciones sobre exención de visas, visas en tránsito y se dictan otras disposiciones en materia migratoria y se deroga la Resolución 10535 de 2018.* Diario Oficial n.º 52.103.

Organización de Naciones Unidas (ONU). (1966, 16 de diciembre). Resolución 2200 A (XXI). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Presidencia de la República de Colombia. (1996, 27 de diciembre). Decreto 2371 de 1996. *Por el cual se dictan disposiciones sobre expedición de visas, control de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de inmigración*.

Presidencia de la República de Colombia. (2016, 25 de mayo). Decreto 869 de 2016. *Por medio del cual se modifica la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores y se dictan otras disposiciones*.

Santofimio, J. (1998). *Acto Administrativo Procedimiento, eficacia y validez*. Universidad del Externado.



Situación de derechos humanos y securitización en el flujo migratorio: el caso de Ceuta y Melilla 2020-2023

María Paula Valencia Fajardo¹

Resumen

Este artículo analiza la transformación del concepto de seguridad internacional a partir del movimiento migratorio en las ciudades de Ceuta y Melilla (frontera hispano-marroquí) durante el período 2020-2023, desde una perspectiva de derechos humanos. El estudio responde a una preocupación por la garantía de los derechos de las personas en tránsito, en relación con el lugar que ocupa la migración como un asunto relevante en las agendas de seguridad, y que, como tal, requiere un abordaje que trascienda la óptica estratégico-militar. El enfoque teórico adoptado es el sociojurídico y la metodología corresponde a un diseño cualitativo, sustentado en una crítica fundamentada en la multiplicidad de saberes, con una mirada sobre lo social y una reflexión más allá de las normas, mediante la técnica de revisión documental. Se concluye que la migración incide como “problema” de seguridad internacional en la transformación del concepto, identificándose tres consecuencias relevantes: una política de prevención basada en el control estricto; la instrumentalización de la amenaza migratoria para los populismos y la negociación entre los Estados; y, finalmente, unos costes significativos asociados a vulneraciones de derechos y violencias fatales.

Palabras clave: Derechos humanos, derecho internacional, migración, seguridad internacional.

¹ Estudiante del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. Correos electrónicos: mariap.valencia@udea.edu.co, valenciapaula503@gmail.com.

Artículo derivado del curso de profundización en “Derecho internacional: Paz, conflictos armados y seguridad Internacional” 2022-1, a cargo del profesor Juan Pablo Acosta Navas.



Situación de derechos humanos y securitización en el flujo migratorio: el caso de Ceuta y Melilla 2020-2023

Introducción

Desde el fin de la Guerra Fría, el concepto de seguridad internacional ha tenido una transformación importante, en el sentido de que se ha procurado desde diversos ámbitos, no solo desde el académico, la ampliación e inclusión de nuevos y diferentes problemas más allá del enfoque estratégico-militar, los cuales precisan ocupar un lugar de discusión en la agenda de seguridad nacional, regional e internacional, considerando un mundo globalizado y cada vez más interconectado.

Así, uno de los fenómenos que entran a ser parte de esta agenda es la migración, la cual refleja una de las mayores contradicciones de nuestro siglo, ya que “por un lado se liberalizan y desregulan los flujos de capital, mercancías, tecnología e información y, por otro, se refuerzan los controles fronterizos y aumentan las dificultades impuestas a la circulación de las personas y de la fuerza de trabajo” (Aliaga, 2012, p. 2) reduciendo así límites y barreras en pro del llamado desarrollo, mientras que los países receptores imponen más restricciones al desplazamiento, reforzando sus controles, requerimientos e impedimentos, y lo hacen en múltiples ocasiones bajo la premisa, convertida en discurso cohesionador de muchas naciones, de categorizar a ese otro extranjero como un enemigo e invasor, y que por lo mismo representa un riesgo significativo para la estabilidad en conjunto.

En los últimos años se han presentado diferenciados flujos migratorios en múltiples lugares, y con ocasión de la pandemia por COVID-19 de 2020 se coartaron al máximo las libertades. Posteriormente, se dio una reapertura en cada uno de los continentes con medidas que se fueron flexibilizando, donde llama la atención que se ha subestimado la situación en relación con la reapertura en 2021 en las fronteras en las ciudades de Ceuta y Melilla, ubicadas en la costa norteafricana y que colindan con Marruecos, donde sigue creciendo el número de migrantes que entran desde allí hacia Europa, específicamente a España, ya que representan la única entrada terrestre a la Unión Europea desde África, de manera que la valla de Ceuta había registrado en noviembre de 2022:

Unas 920 entradas de migrantes de forma irregular, frente a los 615 que se contabilizaron un año antes. En el caso de Melilla, la cifra registrada hasta el 15 de noviembre de 2022 alcanzaba las 1.167 entradas, mientras que en el mismo periodo de 2021 era de 1.049 (Sempere, 2022).

De allí que, a pesar de los múltiples incidentes fronterizos en Ceuta y Melilla, uno de los más estremecedores fue el que tuvo lugar el 24 de junio de 2022, donde Amnistía Internacional asegura que “las actuaciones gubernamentales contribuyeron a que más de 100 personas

fallecieran o desaparecieran en apenas unas horas” (2023), generando una posible vulneración de los derechos humanos de las personas migrantes, que fueron presuntamente golpeadas, torturadas y asesinadas, sumado a las llamadas devoluciones en caliente, y a la aparente categorización de migrantes de primer mundo y migrantes de tercer mundo, todo en nombre de la preservación de la seguridad internacional.

Adicionalmente, la Guardia Civil española tampoco prestó ninguna labor de socorro a los heridos en la frontera, y se realizaron las denominadas “devoluciones en caliente” por parte del gobierno español, lo que representaría también una serie de imposibilidades para volver al sitio de partida y un continuo riesgo para estas personas, tal como afirma Amnistía Internacional “estas expulsiones podrían afectar a personas que estén huyendo de situaciones terribles en sus países de origen. Por ejemplo, puede que se devuelva a personas que huyen de guerras o de lugares donde se producen graves violaciones de derechos humanos” (2022b) a lo que se suma que la Asociación de Derechos Humanos de Marruecos denunció que fue “violenta e inhumana la forma en que fueron tratados los migrantes”, informando a través de su cuenta de Twitter que “las autoridades de Nador están preparando 21 tumbas en el cementerio de Sidi Salem para enterrar a los inmigrantes fallecidos el viernes”, evitando cualquier “investigación, sin autopsia y sin identificación, las autoridades tratan de ocultar el desastre.” (Asociación Marroquí de Derechos Humanos, 26 de junio de 2022).

De este modo, surge la pregunta que orienta este artículo: ¿Cómo se ha transformado el concepto de seguridad internacional a partir del flujo migratorio en las ciudades de Ceuta y Melilla (frontera hispano-marroquí) desde una perspectiva de derechos humanos en el período 2020-2023? Para responderla, el texto se estructura en cuatro partes: la primera introduce el contexto histórico de los tránsitos migratorios en las ciudades de Ceuta y Melilla; la segunda examina la relación entre la migración y el concepto de securitización; la tercera analiza la situación migratoria en la frontera hispano-marroquí desde un enfoque de derechos humanos; y la cuarta presenta las conclusiones sobre la incidencia de la migración en la frontera hispano-marroquí sobre el concepto de seguridad internacional.

1. Contexto histórico

En un contexto histórico, es posible identificar que el desencuentro entre el Reino de Marruecos y Reino de España en materia migratoria tiene antecedentes que se remontan a la incorporación de Ceuta y Melilla al territorio español: Ceuta desde el siglo XVI y Melilla desde el siglo XV. Portugal conquistó Ceuta a los musulmanes en 1415. Posteriormente, el Reino de Portugal fue heredado por Felipe II, por lo que el territorio quedó anexionado a la conocida como ‘Unión Ibérica’. Cuando el Duque de Braganza se proclamó Rey de Portugal, Ceuta no lo reconoció como soberano, por lo que, a partir de 1580, pasó a formar parte del Reino de España (Cueto, 2022). Igualmente, se ha señalado que Melilla es española desde 1497, cuando Pedro de Estupiñán la conquistó para Castilla (ABC, 2021). Esta trayectoria ha

llevado a sostener que estos enclaves se rigen por una doble españolidad, ya que los mismos eran españoles previa existencia de Marruecos.

Luego, ambas ciudades pertenecieron a Andalucía, pero en la Constitución española de 1978 se les dio la posibilidad de que se constituyeran como comunidades autónomas. De esta forma es que España aprobó el 13 de marzo de 1995 los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla, por lo que pasaron a ser independientes (ABC, 2021).

Así, además de la mencionada disputa territorial, está el hecho de que es posible rastrear que desde los años 90 existe una preocupación por el tránsito de migrantes en los enclaves, siendo una de las primeras medidas la firma de un acuerdo de España con Marruecos para tramitar las expulsiones y readmisiones de ciudadanos indocumentados originarios no solo de Marruecos sino también de otros países vecinos, delegando en la gendarmería marroquí la labor de impedir el paso de migrantes.

Ello llevó a que se presentase una importante crisis humanitaria en 1992, ya que se encontraban alrededor de 800 migrantes subsaharianos acampando en Melilla sin acceso a ningún tipo de asistencia o recursos, con simultaneidad a una débil vigilancia de la frontera, generando como respuesta en 1993 la construcción de la primera valla de alambre, con el propósito de obstruir el paso de los migrantes. Posteriormente, el Fondo Europeo de Desarrollo regional ayudó al Gobierno español a construir dos vallas más, que medían alrededor de tres metros de altura, duplicadas a seis metros en el 2005, y es en ese año que SOS Racismo informó que se produjo la muerte de 11 personas a causa de los disparos por la policía en las vallas de Ceuta y Melilla, destacándose cronológicamente otros intentos de cruzar en los que murieron cientos de personas como se muestra en la *Tabla 1*.

Tabla 1. Intentos de cruce por parte de migrantes en las vallas de Ceuta y Melilla

AÑO	MES	DÍA	INCIDENTE	NÚMERO DE FALLECIDOS SEGÚN CIFRAS OFICIALES.
2005	Agosto	8	300 subsaharianos saltan la valla de Melilla	1
	Septiembre	2	Un inmigrante subsahariano fallece en el Hospital Comarcal de Melilla después de haber sido trasladado	1
		5	Un inmigrante subsahariano, que había sido trasladado a la frontera por un compañero, fallece en el hospital de Melilla por un desplazamiento de tráquea.	1
		9	700 inmigrantes saltan la valla de Ceuta y termina en tiroteo.	5
	Octubre	6	Cerca de 400 inmigrantes y fuerzas oficiales de Marruecos se enfrentan en un intento de salto a la valla de Melilla.	6
2006	Julio	3	60 inmigrantes saltan la valla fronteriza entre Melilla y Marruecos	3

2009	Enero	1	80 inmigrantes intentan cruzar por la fuerza la frontera de Melilla	1
	Marzo	7	Una persona fallece por las heridas de la concertina de la valla de Ceuta.	1
2013	Noviembre	5	Número desconocido de personas realizan salto a la valla de Melilla.	1 (+ 4 heridos)
2014	Verano		Inmigrantes realizan una querella contra el coronel jefe de la Guardia Civil de Melilla, en el auto dice que ha sido imputado por un delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros	
2021	Mayo		Entre 8.000 y 10.000 migrantes entran en la ciudad autónoma de Ceuta desde Marruecos	2
2022	Junio		Cerca de 2000 personas se acercaron a la frontera en Melilla, pero solo 133 de ellos lograron avanzar hacia España.	29
2023	Enero-diciembre		Según cifras del Ministerio del Interior del Gobierno español el número total de personas que ingresaron a Ceuta y Melilla durante el año 2023 fue de 1234.	4 personas mueren en el salto a la valla de Ceuta en el mes de diciembre.
				20 personas tuvieron que ser rescatadas en octubre en un intento de cruce marítimo hacia Ceuta 3 desaparecidos

Fuente: Elaboración propia en base en cifras publicadas por el Ministerio del Interior del Gobierno español, el diario La Vanguardia, el diario El País y Amnistía Internacional.

Cabe destacar entre estos incidentes en el área, el denominado incidente fronterizo entre España y Marruecos en mayo de 2021, donde se relata en el diario El País de España que:

La crisis migratoria en Ceuta que comenzó con la entrada de entre 8.000 y 10.000 migrantes –muchos de ellos menores– en la ciudad autónoma desde Marruecos. El país magrebí abrió sus fronteras como respuesta y desafío a la atención hospitalaria dispensada en España al líder del Frente Polisario, Brahim Gali (El País, 2021).

Al respecto, dicho desencuentro culminó con “el reconocimiento español del plan de autonomía marroquí sobre el Sáhara Occidental” (Cueto, 2022), lo que rompió con la neutralidad característica de España. Según informó BBC, el Sáhara es una región localizada en el noroeste de África que “fue colonia española hasta 1975 y lleva desde entonces inmersa en un conflicto por definir su estatus. Por un lado, el pueblo saharaui pide ser un país independiente y, por otro, Marruecos considera que este territorio le pertenece” (Cueto, 2022), esto en el entendido del concepto del gran reino de Marruecos, desarrollado por el gobierno de marroquí en los años 50.

Luego, está el incidente sucedido en el mes de junio de 2022 en el intento de cruzar la valla en la ciudad de Melilla, donde según las respectivas delegaciones del gobierno marroquí y del gobierno español, cerca de 2000 personas se acercaron a la frontera, pero solo 133 de

ellas lograron avanzar, y de conformidad con medios de reportaje nacional e internacional la cifra de muertos alcanza aproximadamente las 37 personas.

Lo más alarmante es que aún existe incertidumbre sobre el número de personas fallecidas, ya que siguen desaparecidas cerca de 76, otras tantas heridas fallecieron en los retornos obligados hacia Marruecos y la investigación sobre la responsabilidad de los Estados en ello fue archivada en España mientras que en Marruecos ni siquiera se inició.

Así, la respuesta en 2023 fue el fortalecimiento de las restricciones con un acuerdo de cooperación migratoria que pretende evitar la migración irregular, pero que no expresa la misma política alrededor del compromiso con el reconocimiento de la extraterritorialidad de los derechos humanos, pues tal como lo expresa Delphine Rodrik en el *International Journal of Refugee Law*

Las prácticas de devolución actuales representan una negativa del Estado a reconocer la existencia legal de solicitantes de asilo y presuntos migrantes dentro de su territorio, colocándolos completamente fuera de la protección de la ley, sus garantías procesales asociadas y cualquier esperanza de rendición de cuentas en el proceso (Rodrik, 2021, p. 579).

Lo enunciado se sustenta también en información brindada por ONGs y defensores de los derechos humanos, como Marea Migrante sin Fronteras, Somos Migrantes y la Federación Africana de España, las cuales indican un uso de la violencia creciente contra los migrantes a causa de la xenofobia y el racismo, lo cual preocupa, especialmente ante afirmaciones como la del presidente de España de que tan solo se trata de mafias que trafican con seres humanos, pero entonces, tal como lo señala Amnistía Internacional:

¿Quién dejó morir a seres humanos tumbados en el suelo sin atención médica adecuada? ¿Quién entregaba a posibles refugiados desde Melilla a policías marroquíes sabiendo que iban a ser maltratados? ¿Quién mantiene cerradas las oficinas de asilo y refugio en Melilla sabiendo que no hay manera de buscar protección en España si eres sudanés o de Mali, como no sea saltando la valla y arriesgándote a morir en un camino eterno por África? (Amnistía Internacional, 2022a).

De esta manera, se torna paradójica la política migratoria de España cuando se trata de recibir miles de refugiados ucranianos. Según cifras del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España (2023) al 31 de diciembre de 2023 había un total de 285.252 ucranianos en territorio español, frente a los cuales hay un sentido de solidaridad y garantía de sus derechos humanos, considerando que están huyendo a causa de la ocupación rusa de Ucrania.

Sin embargo, ¿no son también los desplazamientos por parte de las personas provenientes de África legítimos?, es preferible ignorar lo que pasa del otro lado de la valla, dejando morir a posibles refugiados que huyen de otras guerras; verbigracia, a los que huyen de la guerra en Sudán se les impide pedir asilo en el país europeo, generando una discriminación con base en evidentes categorías sospechosas como la nacionalidad y la raza, violando así el derecho internacional. Cabe destacar que ahora más que nunca “el fenómeno migratorio se caracteriza no solo como una opción de movilidad social ascendente, sino también en muchos casos como la única posibilidad de asegurar mínimamente la propia subsistencia” (Bravo, 2015, p. 146).

Se destaca sobre la noción de categorías sospechosas que estas son distinciones injustificadas que obedecen a ciertas características de los seres humanos y que, al no guardar razonabilidad ni proporcionalidad con el propósito que motivó la diferenciación, ocasionan discriminación. Es así que a esto subyace el principio de igualdad y no discriminación, común al ámbito de protección de todos los derechos, donde históricamente categorías como el origen nacional, la raza, el género y la religión han sido usadas para fundamentar el maltrato, la tortura y la marginalidad de algunas personas en manos de otras, en simultaneidad con prácticas sistemáticas de exterminio, violencia sexual, esclavitud, persecución y amenaza. De allí que, en los escenarios actuales de movilidad humana, al identificar la presencia de una o varias de las categorías mencionadas en las leyes de inmigración o extranjería se constituya una presunción en contra del legislador, exigiendo razones de peso para realizar diferenciaciones, y donde el sustento no podrá estar en una sola categoría sospechosa, y es que

Siempre y en todo caso, se debe sospechar de su inconstitucionalidad, de la irrazonabilidad del criterio que se utiliza para distinguir. Y si no es en lo general, sí lo puede ser en aspectos concretos y particulares que integren esas leyes o políticas públicas (regulación de derechos, libertades y deberes) (Castilla, 2019, p. 4).

Con relación al caso de Ceuta y Melilla, la población en tránsito es en su mayoría nacional de algún país africano, y es precisamente contra ellos que se ha ejercido un uso excesivo de la fuerza. No ocurre lo mismo, y tampoco debiese ocurrir, cuando quienes solicitan refugio o asilo son de nacionalidad de algún país europeo, de modo que, la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia señaló que tanto las Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han manifestado suma preocupación por el arraigo de prejuicios racistas en la organización estatal.

Nos preocupa profundamente que los graves actos de violencia denunciados en Melilla puedan ser la última manifestación del racismo estructural profundamente arraigado en el actual paradigma migratorio. El trato que reciben los afrodescendientes en la frontera hispano-marroquí es una vívida representación de la

deshumanización de los migrantes negros africanos y del desprecio de sus derechos humanos, como el derecho a la no devolución (ACNUDH, 2022, p. 3)

De forma que los funcionarios y agentes de seguridad de los Estados español y marroquí, en lugar de desarrollar una normativa y una formación de su personal para identificar esas categorías y generar acciones afirmativas y protocolos de atención especializados, han incrementado la violencia y endurecido los requisitos para la recepción de las solicitudes de estas personas, que no tendrían por qué vivir de una manera denigrante por el lugar en que nacieron, los rasgos femeninos o masculinos que posean ni por las creencias que profesan.

2. Migración y securitización

La migración internacional desde Marruecos a España se ha convertido, en primer lugar, en un fenómeno de seguridad internacional, en tanto conectado con el concepto de la securitización como discurso y práctica que explica la incorporación y conversión de determinada situación o fenómeno en una amenaza para la seguridad, tal como lo comenta la profesora Arlene B. Tickner, citando a los académicos Wæver, Buzan y De Wilde:

Específicamente, indaga por los efectos políticos de presentar un tema dado (X) como un asunto de seguridad, proceso mediante el cual este se convierte en una amenaza que afecta la existencia de algún objeto referente, sea el Estado, la sociedad u otro (2020, p. 10).

Se ha puesto de presente la responsabilidad que recae en la Unión Europea (UE) sobre la política migratoria, dado que es quien la financia, unido a que, tal como lo afirma Omar Naji² a France24 “la represión hacia los migrantes para alejarlos de la frontera es responsabilidad europea” (France24, 2022), en coordinación con Estados vecinos como Marruecos y Argelia a través de la externalización de las fronteras.

Y es que la migración de personas provenientes de África es un acontecimiento con una carga enorme de prejuicios y estereotipos, en los que se mitifica la existencia de un riesgo intrínseco para el Estado español y sus ciudadanos, relacionado con la aparente y vacilante posibilidad de que quienes entren sean integrantes de grupos dedicados al crimen organizado, a la trata de personas y hasta el tráfico de drogas.

Adicionalmente, se presenta una preocupación por el equilibrio de la economía, referida a una presunta incapacidad fiscal de brindar una asistencia íntegra por las cargas que ya poseen los Estados. Finalmente se manifiesta una inquietud, igualmente vaga, por la existencia de una mano de obra irregular y de pago ínfimo, lo que representaría pérdidas en los empleos de los nacionales españoles. Sin embargo, la inquietud debería estar en la explotación laboral

² Defensor de DDHH y miembro de la Asociación Marroquí de Derechos Humanos (AMDH) de Nador.

y en el chantaje de deportación, que son los que de alguna manera abaratan la mano de obra de los extranjeros.

Al respecto Amnistía Internacional menciona que:

las personas de origen subsahariano apenas tienen posibilidad de cruzar la frontera entre España y Marruecos, lo que es otra muestra más de un control migratorio basado en un racismo institucionalizado, que dificulta a muchas personas acceder a España y solicitar asilo. La propia Fiscalía General del Estado señala en este sentido que “son notorias las dificultades que tienen las personas migrantes, especialmente si son subsaharianas, para acceder a la parte española de Beni Enzar (Amnistía Internacional, 2023).

De cara a tantas dificultades para el desplazamiento de un país a otro, y cuyo trasfondo dista del marco regulador de protección de los derechos humanos, el interés se localiza entonces en los intercambios propios de la política exterior, la manipulación de las fronteras y cuestiones económicas como comercio, impuestos y aduanas. A propósito, menciona Rivera:

A pesar de que los flujos migratorios existen desde hace décadas, hoy más que nunca esas distintas lógicas de movilidad humana están sujetas a dos tipos de problemas. En primer lugar, aquellos signos discriminadores y excluyentes y los imaginarios racistas que están presentes en las comunidades de las sociedades receptoras y, en segundo lugar, la aplicación de medidas y acciones preventivas que se amparan en determinadas percepciones de seguridad nacional que atentan contra los derechos humanos de los migrantes y provocan tensiones en las políticas del sistema internacional (Rivera, 2003, p. 2).

Lo cierto es que a las tragedias ocurridas en la frontera les ha seguido un control rígido que conformaría parte de la política de control migratorio, que no ha abandonado la represión. Se ha observado que el problema para las personas que requieren cruzar el paso fronterizo es efectivamente lograrlo, pues incluso se ha reconocido por parte del Gobierno español que una vez se logra cruzar la frontera quizás es más factible obtener protección internacional, aunque ello no exime de otras violencias estructurales e institucionalizadas.

Es así que, detrás del imaginario de la migración como amenaza, hay un discurso que busca separar para impedir no solo las entradas sino también la incorporación de los migrantes, definiéndolos como todo aquello que no se quiere ser ni padecer, con todo un entramado de fragmentación social, que se vale de herramientas como la oferta de empleo basada en la pertenencia a cuerpos militares y de policía, la criminalización del migrante, la ciudadanía estratificada, las alertas de los medios de comunicación para refrendar un estado de miedo y desconfianza entre la población, usando términos como “avalancha”, “crisis”, “estado de

emergencia”, que se proponen “evidenciar” la incontrolabilidad del fenómeno para los Estados y el peligro que ello representa.

Un ejemplo importante de los efectos de esta proclividad a la securitización es el surgimiento de un concepto denominado *crimigración*, acuñado por la jurista estadounidense Juliet Stumpf (2006), quien se refiere a la concordancia entre el aumento de las leyes de extranjería o inmigración a la par de las leyes penales y la ampliación del ámbito punitivo. Adicional, al fortalecimiento del derecho penal del enemigo, el cual implica en el caso de estudio la “previsión” permanente de que el migrante es un delincuente y como tal se le debe juzgar, independiente de lo que haga, prescindiendo de garantías materiales y procedimentales de carácter fundamental.

En consecuencia, tal y como lo predijo María Joao Guia, ya existe en muchas de nuestras sociedades una persecución consistente y sistemática contra esta población, de modo que

Este Derecho penal del crimigrante puede estar ya asentándose en la persecución crimigratoria, ya que el Derecho penal se ve imbuido de estrictas medidas de control de la inmigración irregular, y el refuerzo de las medidas de securitización, adoptadas recientemente para permitir un incremento de las penas de conductas de los migrantes, sirve como mecanismo de prevención del delito (Guia, 2012, p. 609).

Se retorna a una política criminal basada en el aspecto y origen de las personas, una regresividad que expone a los migrantes a una infinidad de peligros, incluyendo ser asesinados, heridos o ser privados injustamente de la libertad, solo por enunciar algunos. ¿Eso es seguridad? ¿A quién se protege? Y si es el Estado el que debe ser protegido, ¿esa es la manera menos lesiva y más adecuada de proteger el Estado? ¿De quién se protege? Porque parece que quien verdaderamente le preocupa a España es Marruecos, y viceversa, y si personas quedan en el fuego cruzado, es lamentable, pero más relevante será entonces salvaguardar la seguridad nacional.

3. Migración con enfoque de derechos humanos

Es clave identificar cuáles son las vulneraciones específicas a las que se ven sometidas las personas migrantes, especialmente frente a la existencia de interseccionalidades discriminatorias que agudizan su situación. Piénsese, por ejemplo, en una mujer negra embarazada y en condición de pobreza extrema, o en niños y adolescentes a quienes no se les ha ofrecido los medios para hacer parte del sistema educativo, con cuadros de desnutrición y separados de sus familias en busca de una oportunidad en otros países.

De esta forma, es posible identificar multiplicidad de amenazas a los derechos humanos. Sin embargo, de conformidad con la Comisión de Observación de Derechos Humanos (2014) y

la politóloga española Irene Alonso (2020), se enfatizará en la violencia y maltratos desplegados por fuerzas de seguridad marroquíes, las devoluciones en caliente y la existencia de conductas discriminatorias (en cuanto género, raza y orientación sexual) por funcionarios tanto españoles como marroquíes.

3.1 Violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados

3.1.1 Violencia y maltratos desplegados por fuerzas de seguridad marroquíes e inamovilidad de la Guardia Civil española

Los excesos cometidos por las fuerzas de seguridad del reino Alauí se caracterizan por usar todas las armas a su disposición. Lo que comienza con advertencias continua con empujones, gases lacrimógenos y pelotas de goma, hasta llegar al contacto físico entre tales agentes y los migrantes, a quienes se les golpea en diferentes partes del cuerpo, incluso hasta el punto de dejarles inconscientes y a quienes intenten defenderles les amedrentan con la posibilidad de dispararles. A ello se suma que el pánico colectivo termina por generar avalanchas humanas de personas que caen de la valla fronteriza, o se genera un aplastamiento de quienes están intentando cruzar pero son acorralados y se lesionan en búsqueda de una salida, convirtiéndose en un espacio “donde la gestión de los cuerpos migrantes pobres es lo que está en juego. Aquí la frontera es construida para preservar los privilegios que la propia frontera está generando” (Alonso, 2020, p. 13).

3.1.2 Devoluciones en caliente

Las denominadas “devoluciones en caliente” se refieren, según Alejandro del Valle Gálvez, profesor de la Universidad de Cádiz, a la expresión que “refleja el problema del retorno o devolución inmediata de extranjeros detenidos en la misma frontera, sin abrir expediente individual identificativo con procedimiento reglado” (Del Valle, 2020, p. 179).

La doctrina también las ha definido como situaciones en las que “los inmigrantes irregulares que son detenidos por la Guardia Civil en el perímetro fronterizo son rechazados en frontera, e inmediatamente devueltos a Marruecos, esto es, sin llevar a cabo procedimiento administrativo o judicial alguno” (López, 2017, p. 72).

En consecuencia, existe una preocupación por la ausencia de garantías para los migrantes y por el desconocimiento de un deber de respeto y protección de su integridad y de su vida, considerándolos criminales, lo que además implica que tal práctica vulnera el principio de no devolución o “*non-refoulement*”, consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y que, según ACNUR:

Cubre cualquier medida atribuible al Estado que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante de asilo o refugiado a las fronteras de territorios donde su vida o libertad pueden verse amenazadas, o donde él o ella corra riesgo de persecución, incluyendo su intercepción, rechazo en la frontera, o devolución indirecta. El principio de no-devolución se aplica en situaciones de afluencia masiva. Los aspectos particulares que surgen en situaciones de afluencia masiva deben solucionarse por medio de medidas creativas (ACNUR, 2001).

Sobre esta norma de derecho consuetudinario expresa la investigadora colombiana Yala Zulay Riascos que se caracteriza por contener

Un interesante componente de extraterritorialidad, según el cual un Estado no puede devolver a un refugiado al territorio en el que este tiene fundados temores de ser perseguido, ni desde su propio territorio, ni desde un lugar en que no ejerza soberanía. Esto sin importar si se trata de altamar, fronteras o de cualquier otro espacio geográfico distinto al suyo. (Riascos, 2020, p. 17)

Es importante considerar que, además de este principio, hay otras normas de derecho internacional que amplían el margen de protección para los migrantes, tanto en un sentido de prevención como de sanción, entre las cuales se encuentran el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que en su artículo 3º establece que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (Consejo de Europa, 1950, art. 3), y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT, por sus siglas en inglés), que “prohíbe a los Estados parte expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura” (ONU, 1987, art. 3.1).

Así, se estarían infringiendo varias normas de derecho internacional en el manejo del flujo migratorio que existe en Ceuta y Melilla, pues la respuesta del Gobierno español ha sido la creación de un régimen “especial” a través de la modificación de la Ley de Seguridad Ciudadana, en el aspecto puntual de la ley de extranjería, donde se formalizan y legalizan las devoluciones en caliente, alegando un rechazo distintivo para la contención en la frontera y los ingresos irregulares. Esto es incompatible con el marco normativo internacional en la materia, pues desconoce las causas que llevan a la movilidad humana, desde políticas hasta económicas, transversalizadas por múltiples factores. Además, la expulsión inmediata niega los derechos que les asisten a las personas que ingresan a un territorio extranjero y priva de un verdadero acceso a la justicia que permita impugnar tal medida a través de un recurso adecuado y efectivo.

En consecuencia, la estrategia española de legalizar en su ordenamiento jurídico tal devolución no les exime de la declaración de responsabilidad internacional por la vulneración de derechos humanos allí producida, pues hay una prevalencia de los tratados internacionales en la materia sobre el derecho interno, además del principio *pro persona*, principio de igualdad de trato y no discriminación y, por supuesto, el principio de no devolución.

3.1.3 Discriminación

En torno a los fenómenos discriminatorios en la frontera se encuentran las situaciones de desigualdad y violencia en las que se encuentran las mujeres, pues, por una parte, debido a la necesidad de obtener algún ingreso para su subsistencia o la de sus hijos, se exponen a las agresiones de los cuerpos de seguridad y, por otra, a la explotación por parte de organizaciones de trata de personas o grupos delincuenciales, ya sea para ejercer la prostitución, para pasar mercancía de todo tipo en y con sus cuerpos, o para el tráfico de estupefacientes.

A lo anterior se debe sumar que, en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI), se ignoran las situaciones de maltrato intrafamiliar a las que se ven expuestas no solo las mujeres, sino también niños, niñas y adolescentes, pues dada la presencia de ciertos elementos culturales y religiosos de débito conyugal, se tolera que el hombre golpee a la mujer, y cuando esta recurre a las autoridades para que intervengan, la presión no solo masculina sino colectiva, junto con la inoperancia de la justicia, hacen que muchas terminen por retractarse y seguir conviviendo con su agresor.

Respecto de la replicación de patrones de conducta racistas y xenófobos, estos se dan tanto en el impedimento de entrada para ciertos grupos de migrantes, como los de África subsahariana, o al interior de los CETI. La organización autónoma SOS Racismo explica que:

Las oficinas de asilo en la frontera parecen constituir, para las personas originarias de África subsahariana, una manera adicional de criminalizar su migración, intentando demostrar que estas personas no se dignan pasar por las vías legales puestas a su disposición. Y la conclusión parece evidente: como no se presentan en las oficinas de asilo situadas en la frontera y siguen intentando saltar la valla, se trata de «migrantes económicos» y no de personas que necesitan potencialmente una protección internacional, lo que justifica de esta forma para las autoridades los rechazos en frontera (SOS Racismo, 2016).

En torno a esto, no se considera la dignidad humana como principio indispensable en cualquier sociedad, y más aún en el ámbito correspondiente a la migración. De manera que no se trata de determinar quién tiene una condición de vida más precaria y miserable, sino de pensarse de qué forma se puede cambiar y mejorar la calidad de vida de las personas y sus

familias, lo cual al parecer se traduce en un problema para los Estados, puesto que esperan que las personas se postulen como candidatas para un asilo, aun cuando las fuerzas de seguridad marroquíes las devuelven con el beneplácito de la Guardia Civil española, como si ignorar la situación no los hiciera parte del problema, además de cómplices en la vulneración de derechos humanos.

Respecto de la situación de las personas sexualmente diversas es preocupante el hecho de que en Marruecos la homosexualidad es un delito, sancionado hasta con 3 años de cárcel, esto influenciado por la práctica del islam en la mayoría del territorio. Así, la persecución de estas personas comienza en sus hogares, de manera que si no logran pasar la frontera se ven sometidas a las represalias a manos de su comunidad o a la violencia ejercida por las fuerzas de seguridad marroquíes. Y es que, aunque entran y se establezcan en un CETI, no hay una ruta de tratamiento diferenciado ni un centro especializado en atención a esta población, la cual termina por padecer trastornos depresivos dado el aislamiento, la exclusión y la violencia a la que se ve expuesta, sin redes de apoyo y, de cualquier modo, con estatus migratorio indefinido y un proyecto de vida en pausa.

3.2 ¿El derecho a migrar?

Aunque el término “derecho a migrar” no se ha consagrado de forma expresa en instrumentos internacionales, sí ha sido reconocido desde una perspectiva interpretativa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, en su artículo 13, consagra que las personas tienen el derecho a “ircular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado” (ONU, 1948, art.13, inc.1), adicional que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país” (ONU, 1948, art.13, inc.2). Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), en su artículo 12, fija la libertad de tránsito, y la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en su artículo 10, establece la obligación de los Estados parte de atender las solicitudes hechas por los niños y/o por sus padres para ingresar a un Estado parte o salir de él, en aras de asegurar la reagrupación familiar, de modo que

Podemos decir entonces que el derecho a migrar se ha configurado a través del derecho a la libre circulación, es decir, desde el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, pues no es factible concebir la posibilidad de salir de un territorio sin entrar a otro, o permanecer en un limbo estatal (Jaramillo y Santi, 2021, p. 71).

Regionalmente, el marco jurídico es la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2012), que aborda el derecho de asilo en su artículo 18 y en su artículo 19 proscribe en todo caso las expulsiones colectivas, así como las expulsiones, devoluciones y extradiciones cuando exista un peligro de que la persona sea sometida a la pena de muerte, su vida encuentre en riesgo o pueda ser torturada.

El artículo 33 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados indica que los Estados firmantes no pueden devolver a un refugiado a territorios en los que haya una amenaza para su libertad y su vida. Por su parte, el principio de no devolución está contenido en el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea y en el 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así mismo, se precisa el respeto de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo.

En consecuencia, debe defenderse la existencia del derecho humano a migrar en el derecho internacional, el cual encuentra su mayor transgresión en las devoluciones en caliente. Estas se disfrazan con el nombre de rechazo en la frontera, que se basa en el absurdo de separar una frontera física de una frontera operativa, última en la que “el extranjero no entra en España hasta rebasar la segunda de las dos vallas de la frontera de Melilla o la línea formada por agentes de la Guardia Civil en aguas interiores” (Fernández, 2014, p. 32). Con ello, el Estado español excepciona la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y la Ley de Extranjería, obviando la previa fijación de unos límites fronterizos que no pueden ser cambiados a conveniencia y que tampoco lo eximen de la responsabilidad de respetar y cumplir con los compromisos internacionales adquiridos.

De allí que, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), conocido como Tribunal de Estrasburgo, condenara a España en el año 2017 al pago de 5000 euros por haber realizado una expulsión colectiva de dos migrantes subsaharianos, expresando que esas devoluciones son “el reflejo de una política sistemática atípica carente de toda base legal” (Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2017, p. 24).

Lo incomprensible es que, en el año 2020 el TEDH revocó el fallo proferido en 2017, señalando que los migrantes tenían otras opciones y declarando que España no transgredió la prohibición de expulsiones colectivas, ubicada en el artículo 4 del Protocolo 4º del CEDH, ni el derecho a un recurso efectivo amparado por el artículo 13 del CEDH, ya que afirma que es “la propia conducta «ilegal» de los demandantes —que no recurrieron a las «vías legales» que tenían a su disposición para entrar en España— la causante de los hechos” (Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parágrafo 155, 2020).

Esto desconoce la realidad de la movilidad humana en África subsahariana, pues no era posible optar por esas “vías legales”, ya que, como manifiesta la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) para el diario *El Mundo* de España, en el primer caso se estaba “pidiendo un visado laboral en el consulado español en Mali, cuando se sabe que no hay política de visados allí” y “en el segundo, pidiendo una solicitud de traslado a España en las embajadas españolas, algo que jamás se les habría concedido” (El Mundo, 2020).

Además, se presenta una tercera opción consistente en solicitar el ingreso en las oficinas dispuestas en Melilla, lo que resultaba irracional, pues tendrían que haber abandonado Marruecos y pasar a España, que es precisamente lo que las Fuerzas de Seguridad no permitieron, retornándolos como si nunca hubiesen intentado cruzar, sin abrir un expediente de la situación, en un bus de camino a Fez, y quizá hacia otro continuum de violencias.

Es así que se vulnera el artículo 4 del Protocolo 4º del CEDH que se refiere a la imposibilidad de ejecutar expulsiones colectivas, ya que cada caso debe recibir una atención particular; el artículo 1º del CEDH, en relación con el deber de protección de extranjeros por la legislación española; el artículo 13 del CEDH, referente al derecho al debido proceso, a la asistencia jurídica y a un recurso o tutela efectiva y oportuna; el artículo 9.3 de la Constitución Española (CE), en lo referente a la garantía de legalidad, seguridad jurídica y no arbitrariedad; el artículo 24 de la CE, que apunta a la protección de los derechos de todas las personas, sin que se produzca indefensión.

A la par, encontramos un importante fallo del 22 de enero del año 2024, donde el Tribunal Supremo (TS) reconoce que en 2021 se produjo una devolución de menores en Ceuta y Melilla, a todas luces ilegal, pues no se individualizó a cada menor, no se hizo una verificación de sus derechos ni se defendieron sus intereses, en observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), específicamente sobre el interés superior del menor, generando daño físico y moral, al igual que fragmentación familiar.

No deben anularse garantías fundamentales reconocidas en tantos instrumentos a conveniencia de los Estados para evadir o quebrantar sus responsabilidades. Es absurdo, si al final el lugar de nacimiento es una cuestión accidental, ajena a la voluntad de quién está por venir y que, con los retos que se tienen como sociedad global, reclaman del derecho una respuesta garante y no discriminatoria.

Conclusiones

Debe destacarse que, efectivamente, la dinámica del flujo migratorio en la frontera hispano-marroquí ha incidido en una reconfiguración del concepto de seguridad internacional. Aunque no se ha apartado del tradicional planteamiento armamentista-militar, hoy las agendas de seguridad se ocupan de nuevos y complejos retos, que categorizan como problemas la migración, y la respuesta oscila inicialmente entre estrictos controles, no solo en términos de barreras físicas, vallas, rejas, torniquetes o el uso de gas lacrimógeno, bastones o pelotas de goma, sino también frente a los riesgos vinculados a las redadas en los campamentos de tránsito, la estampida humana, el sofoco y, en general, la huida de las autoridades tanto españolas como marroquíes.

Y es que, además de lo anterior, están las barreras burocráticas impuestas por los Estados para pedir asilo y refugio, pues son dilatadas en el tiempo y se requiere acreditar un sinfín de documentación. Ello implica la separación de familias y, pese a las razones —o quizás, mejor dicho, pese a su dolor— quienes requieran movilizarse hacia otros países se les detendrá y privará de libertad hasta por dos años, como sucedió en el incidente en Melilla en junio de 2022.

Impacta el hecho de que el argumento del gobierno español para justificar tales medidas fuese la invasión y violación de la seguridad nacional y la soberanía del territorio. Y es en este punto donde se identifica la instrumentalización de lo que se cataloga como amenaza, es decir el “riesgo” que representa la migración para la seguridad, es así como tanto Marruecos como España han elaborado discursos peyorativos que sitúan a los migrantes como enemigos, invasores o unos extraños.

Los discursos oficiales apuntan a los supuestos aspectos negativos de la migración, como la delincuencia, el desempleo y los crímenes de odio, fortaleciendo los valores nacionalistas, en términos de extremismo. Por ejemplo, las declaraciones del partido Vox, a partir de su ascenso en el Congreso, incluyeron la propuesta de pausar los trámites para permisos de residencia y obtener la nacionalidad española de las personas provenientes de países islámicos, según se afirmó hasta que pudiesen integrarse adecuadamente en la sociedad de destino. Pero ¿qué significa eso? ¿Dejar de profesar el islam? ¿Esconderse para no incomodar? ¿Dejar de vestirse con la chilaba?, como si eso no generara un efecto contrario en tantos sentidos, al reproducir discriminaciones al punto de una especie de apartheid, la crueldad de obligar al otro a esconder su identidad, de no poder criar a sus hijos e hijas como quisiesen, sino como imponga el Estado español, con tal de no volver a la pobreza, la guerra, redes de trata o incluso del cambio climático, sequías o inundaciones. Es, en general, una sistematicidad de violencias perjudiciales, aunque no en la misma manera, tanto para quienes las ejercen como para quienes las reciben.

En este sentido, se encuentran los acuerdos de cooperación entre España y Marruecos, los cuales se han convertido en un intercambio, un tipo de negociación donde la apertura o restricciones de la frontera dependen del apoyo mutuo que se puedan brindar. En el caso de Marruecos está apelando al respaldo del gobierno español en el conflicto del Sáhara Occidental y seguramente en algún punto espera también reivindicar su dominio sobre los enclaves de Ceuta y Melilla. Mientras tanto, España ha desembolsado recursos para frenar los movimientos migratorios, dejando toda la responsabilidad en Marruecos, quien realiza una represión mediante el uso ilegítimo de la fuerza, sigue sofocando económicamente el comercio en la zona y, en cualquier momento de crisis de las relaciones exteriores con su vecino europeo, cierra indefinidamente el paso desde Nador, a la vez que en breves períodos de tiempo permite el cruce masivo presionando a las autoridades españolas a brindar una

respuesta que termina en el llamado “rechazo en la frontera”, el cual es una vulneración al debido proceso, defensa y libertad de locomoción.

En cuanto a la situación de derechos humanos, son estos la pérdida más significativa en este suceso, en razón de que se presenta un quebrantamiento de la legislación internacional con relación al principio de no devolución, pues con la Ley Orgánica 4° de 2015, el Reino español estableció una especie de reglamentación para legitimar conforme a derecho la práctica sistemática y habitual de las expulsiones colectivas, donde expresó que se preceptuó que quienes fuesen detectados intentado traspasar la línea fronteriza sur de Ceuta y Melilla serían rechazados al intentar superar las barreras impuestas, en todo caso conforme al derecho internacional de los derechos humanos, y que, si existiese una solicitud de protección, esta debe dirigirse a los lugares habilitados para ello.

La realidad es que la ley deja fuera del margen a quienes intentan cruzar vía marítima, los cuales tienen derecho a que se fije un procedimiento para reconocer su ingreso al país, independiente de que luego deban retornar a su lugar de origen. Además, el respeto por los derechos humanos consistiría en velar por la vida, la integridad, la seguridad y la dignidad de las personas que intentaron o que efectivamente entraron al país, pero la devolución sin previamente indagar por las condiciones de salud, económicas, estructura familiar e identidad en general termina por retornar a muchos a la muerte, la prostitución, la tortura, aún más alarmante cuando se trata de mujeres, personas de orientación sexual diversa y menores de edad. Y, la pregunta es, si los CETI cuentan con traductores, asistencia médica, asesoría jurídica, y un protocolo de restablecimiento de derechos, ¿es realmente factible presentar una solicitud de asilo o protección si ya se tiene a priori una directriz de rechazo?

Aún queda un extenuante camino por recorrer en la defensa de los derechos de las personas migrantes, cada día crecen los riesgos, más que para la supervivencia humana, para un buen vivir, donde no se quiera exterminar al otro en su diferencia, y no se superpongan sistemas de opresión como el capitalismo, el patriarcado, la blanquitud y el colonialismo. Para ello, la resistencia y la oposición a las violencias resulta indispensable, partiendo de que, en el caso concreto, la migración más que un problema de seguridad internacional es un problema humanitario y un derecho en gestación al que el derecho como disciplina debe responder, pues es un reflejo de la realidad, y de una manera tal que, las migraciones ocurren cada día, millones se mueven alrededor del mundo sin percatarnos. Hoy más que nunca tendría que cuestionarse si en algún momento no hemos sido todos migrantes, o si lo seremos. De allí la importancia de un ordenamiento del *ius migrandi* que describa los derechos mínimos, diseñe procedimientos eficaces y conciba sanciones frente a su transgresión, en lugar de seguir las lógicas de una cartografía de la desigualdad.

Referencias bibliográficas

- ABC. (2021, 21 de mayo). ¿Desde cuándo Ceuta y Melilla son españolas? *ABC*. https://www.abc.es/historia/abci-desde-cuando-ceuta-melilla-son-espanolas-nsv-202105211559_noticia.html
- Aliaga, F. (2012). Imaginarios migratorios y geopolítica en sociedades postmodernas. *Imagonautas*, 1, 2-20. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4781512.pdf>
- Alonso, I. (2020). *Radiografía de Ceuta y Melilla: Vulneración de derechos humanos en la frontera sur* [Trabajo de fin de grado, Universidad Complutense de Madrid]. https://politicasysociologia.ucm.es/file/06i_alonso_tfg
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (2001). *Mesa redonda de expertos en Cambridge: El principio de no devolución*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01151.pdf>
- Amnistía Internacional. (2022a, 29 de junio). *Melilla: Nunca más* <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/06/melilla-never-again/>
- Amnistía Internacional. (2022b, 1 de julio). *¿Qué son las devoluciones en caliente? 7 claves para entenderlas*. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/que-son-las-devoluciones-en-caliente-7-claves-para-comprenderlo/>
- Amnistía Internacional. (2023, 26 de junio). *Tragedia en la valla de Melilla: Un año de impunidad tras la masacre*. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tragedia-en-la-valla-de-melilla-nunca-mas/>
- Asociación Marroquí de Derechos Humanos. (2022, 26 de junio). Declaraciones sobre la tragedia en Melilla [Tweet]. *Twitter*. <https://twitter.com/AsocMarruecos/status/1540682013315>
- Bravo, G. (2015). Las migraciones internacionales y la seguridad multidimensional en tiempos de la globalización. *Diálogo Andino*, 48, 139-149. <https://doi.org/10.4067/S0719-26812015000300013>
- Castilla, K. (2019). *Discriminación racial, discriminación por origen nacional: El caso de las leyes de migración y/o extranjería*. Institut de Drets Humans de Catalunya. <https://www.idhc.org/es/publicaciones/discriminacion-racial-discriminacion-por-origen-nacional-el-caso-de-las-leyes-de-migracion-y-o-extranjeria.php>
- Comisión de Observación de Derechos Humanos. (2014). *Informe sobre vulneraciones de derechos humanos en la frontera sur-Melilla*. Coordinadora Valenciana de ONGD. https://www.cvongd.org/ficheros/documentos/informe_melilladdhh_difusion.pdf

Comisión Europea. (2020, 23 de septiembre). *Pacto sobre Migración y Asilo*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0609>

Consejo de Europa. (1950). *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)*. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Consejo de Europa. (1963). *Protocolo 4º al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce ciertos derechos y libertades distintos de los ya figurados en el Convenio y en el Primer Protocolo adicional al Convenio*. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty whole=046>

Constitución Española (1978). Boletín Oficial del Estado, núm. 311. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Cueto, J. (2022, 27 de junio). Por qué Ceuta y Melilla pertenecen a España si están en África. *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-59741568>

Del Valle, A. (2020). Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras: Propuestas conceptuales sobre “extraterritorialidad”, “desterritorialidad” y “externalización” de controles y flujos migratorios. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2, 145-210. <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.07>

El Mundo. (2020, 13 de octubre). Estrasburgo avala las “devoluciones en caliente” en Ceuta y Melilla y revoca la condena inicial a España. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/españa/2020/02/13/5e455c1dfc6c83ee098b46bc.html>

El País. (2021, 25 de mayo). La crisis migratoria en Ceuta. *El País*. <https://elpais.com/españa/2021-05-24/ultima-hora-de-la-crisis-migratoria-entre-espana-y-marruecos-entradas-de-inmigrantes-en-ceuta-y-melilla-en-directo.html>

España. (2015, 30 de marzo). *Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana*. Boletín Oficial del Estado, núm. 77, 30 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/4>

Fernández, A. (2014, 22 de septiembre). La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: La ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías. *Diario La Ley*. <https://diariolaleylaleynext.es/>

France24. (2022, 6 de julio). Tragedia en las fronteras: el drama en el paso de Marruecos con Ceuta y Melilla. *France24*. <https://www.france24.com/es/programas/migrantes/20220706-tragedia-en-las-fronteras-el-drama-en-el-paso-de-marruecos-con-ceuta-y-melilla>

Guia, M. (2012). Crimigración, securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 16, 591-613. <https://core.ac.uk/download/pdf/61909963.pdf>

Jaramillo, V. y Santi, S. (2021). La reconfiguración del derecho humano a migrar: Tensiones entre los principios de igualdad y no discriminación en Argentina y Ecuador. *Revista IUS*, 15(47), 63-102. <https://doi.org/10.35487/rius.v15i47.2021.664>

La Vanguardia. (2014, 6 de febrero). Al menos 27 migrantes han fallecido desde el 2005 tras los asaltos a la valla. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20140206/54400904970/al-menos-27-inmigrantes-han-fallecido-desde-2005-tras-los-asaltos-a-la-valla.html>

López, C. (2017). Las fronteras de Ceuta y Melilla: Un análisis desde la perspectiva de la seguridad y de los derechos humanos. En J. Roldán Barbero (Dir.), *La seguridad nacional en España: Un enfoque geoestratégico* (pp. 53-97). Tirant Lo Blanch.

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España. (2023). *Estadística de ciudadanos ucranianos con documentación de residencia en vigor en España (Serie 31 de diciembre de 2021 – 31 de diciembre de 2023)*. <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/ucranianos>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2022, 13 de julio). *Mandatos de la Relatora Especial sobre el racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia*. Naciones Unidas. <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=27428>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* (Ginebra, 28 de julio de 1951). <https://www.acnur.org/convencion-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados-de-1951>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR)*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW). <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1987). *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Riascos, Y. (2020). Principio de no devolución y su aplicación extraterritorial: Pilar fundamental en el marco del derecho de los refugiados. *Trans-Pasando Fronteras*, 16, 1-20. <https://doi.org/10.18046/retf.i16.4167>

Rivera, F. (2003). Migraciones y seguridad. *Aportes Andinos*, 23, 1-7. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1024/1/RAA-23-Rivera-Migraciones%20y%20seguridad.pdf>

Rodrik, D. (2021). Rights not recognized: Applying the right to recognition as a person before the law to pushbacks at international borders. *International Journal of Refugee Law*, 33(4), 541-580. <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeac013>

Sempere, J. (2022, 16 de noviembre). Sigue creciendo este año el número de migrantes que entran por las vallas de Ceuta y Melilla, aunque más lentamente. *Europa Press*. <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-sigue-creciendo-ano-numero-migrantes-entran-vallas-ceuta-melilla-mas-lentamente-20221116150314.html>

SOS Racismo. (2016). *Informe Ceuta y Melilla: Centros de selección de personas migrantes a cielo abierto a las puertas de África*. <https://sosracismo.eu/presentacion-del-informe-ceuta-melilla-centros-seleccion-personas-migrantes-cielo-abierto-las-puertas-africa>

Stumpf, J. (2006) The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, 56(2), 367-419.

Tickner, A. (2020). *El concepto de la seguridad: Aportes críticos*. Fundación Friedrich Ebert. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/16914.pdf>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2017, 3 de octubre). Sentencia Caso N.D. y N.T. contra España (Demandas núm. 8675/15 y 8697/15). <https://hudoc.echr.coe.int/>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2020, 13 de febrero). Sentencia Caso N.D. y N.T. contra España (Demandas núm. 8675/15 y 8697/15).
<https://www.refworld.org/es/jur/jur/tedh/2017/es/127218>

Tribunal Supremo de España. (2024, 22 de enero). Sentencia 86/2024, recurso de casación núm. 6480/2022.
https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1242165

Unión Europea. (2012). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>

Unión Europea. (2016). *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT>

Unión Europea. (2016). *Tratado de la Unión Europea* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12016M/TXT>