

La tensión entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y el principio de no devolución de niños, niñas y adolescentes no acompañados y con reconocimiento de refugio en Colombia*

The tension between the right to have a family and not to be separated from it and the principle of non-return of unaccompanied children and adolescents with recognition of refuge in Colombia

Recibido: Julio 14 de 2021 - Evaluado: Agosto 31 de 2021 - Aceptado: Octubre 15 de 2021

Leidy Natalia Duque Marroquín**

Para citar este artículo / To cite this article

Duque Marroquín, L. N. (2021). La tensión entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y el principio de no devolución de niños, niñas y adolescentes no acompañados y con reconocimiento de refugio en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 12(número especial), xx-xx.

Resumen:

El presente artículo de investigación expone la vulneración de derechos en el marco de los fenómenos migratorios. Para su construcción se analizó la movilidad humana con un enfoque de protección integrada, así como las causas y las consecuencias a nivel del desarrollo humano especialmente en niños, niñas y adolescentes (NNA) y la desintegración familiar ante la migración. De ahí se estudia la protección desde la figura del refugio, el principio de no devolución y los mecanismos e instrumentos contemplados en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales y su relación con el interés superior del menor como principio rector en materia de infancia y adolescencia. Se pretende sensibilizar al lector sobre la migración como un plus de vulnerabilidad al desplazamiento que implica el desarraigo cultural, la apropiación de una nueva cultura, la desintegración familiar, el abandono internacional y la regresividad de los derechos humanos sobre la materia. En igual sentido se muestra la tensión entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella *Versus* el principio de no devolución tratándose de NNA migrantes no acompañados con reconocimiento de refugio por el Estado colombiano ya que en estricto sentido no es posible el retorno a su país de origen en virtud de la protección internacional o por qué no pueden ser sujetos de adopción en garantía al fuero de nacionalidad. Se concluye cuestionando la

* Artículo inédito. Artículo resultado de los proyectos de investigación: “La justicia transicional colombiana frente al derecho penal internacional”, dentro del grupo de investigación *Derecho penal y DIH* de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Correo: grupo.depenalint@uptc.edu.co.

** Abogada egresada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. Defensora de familia del ICBF. Correo: nata_11830@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0062-7220>

finalidad del interés superior como principio, y se muestra la fragilidad del discurso impreso en la normativa vigente al no mostrar la suficiente capacidad de respuesta frente a la atención y protección de los NNA, como verdaderas fronteras que limitan la universalidad de los derechos humanos.

Palabras clave: Migración; niño, niña y adolescente; principio de no devolución; familia; fuero de nacionalidad; restablecimiento de derechos.

Abstract:

This article exposes the violation of rights in the framework of migratory phenomena; Therefore, human mobility was analyzed with an integrated protection approach, the causes and consequences at the level of human development, especially in children and adolescents (NNA) and family disintegration in the face of migration. Hence, protection under the figure of refuge is studied, the principle of non-refoulement and the mechanisms and instruments contemplated in national and international legal systems and their relationship with the best interests of the minor as a guiding principle in matters of childhood and adolescence. It is intended to sensitize the reader about migration as a plus of vulnerability to displacement that implies cultural uprooting, the appropriation of a new culture, family disintegration, international abandonment and the regressiveness of human rights on the matter. In the same sense, the tension between the right to have a family and not to be separated from it is shown Versus the principle of non-refoulement in the case of unaccompanied migrant children with recognition of refuge by the Colombian State, since in a strict sense return is not possible. to their country of origin by virtue of international protection or because they cannot be subject to adoption as a guarantee under the jurisdiction of nationality. It concludes by questioning the purpose of superior interest as a principle and shows the fragility of the discourse printed in the current regulations by not showing sufficient capacity to respond to the care and protection of children and adolescents, as true borders that limit the universality of children. human rights.

Keywords: Migration; children and unaccompanied adolescent; refuge; principle of non-refoulement; family; jurisdiction of nationality; restoration of rights.

Resumo:

Este artigo de pesquisa expõe a violação de direitos no âmbito dos fenômenos migratórios. Para a sua construção, analisou-se a mobilidade humana com uma abordagem de proteção integrada, bem como as causas e consequências ao nível do desenvolvimento humano, especialmente em crianças e adolescentes (NNA) e desintegração familiar devido à migração. A partir daí, estuda-se a proteção a partir da figura do refúgio, o princípio da não repulsão e os mecanismos e instrumentos contemplados nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais e sua relação com o melhor interesse do menor como princípio norteador em matéria de infância e adolescência . Pretende-se conscientizar o leitor sobre a migração como um plus de vulnerabilidade ao deslocamento que implica o desenraizamento cultural, a apropriação de uma nova cultura, a desintegração familiar, o abandono internacional e o retrocesso dos direitos humanos sobre o assunto. No mesmo sentido, mostra-se a tensão entre o direito de ter uma família e não estar separado dela versus o princípio de não-devolução no caso de crianças migrantes desacompanhadas com reconhecimento de

refugiado pelo Estado colombiano, já que, estritamente falando, o retorno é não é possível ao seu país de origem em virtude da proteção internacional ou porque não podem ser objeto de adoção sob a jurisdição da nacionalidade. Se concluye cuestionando la finalidad del interés superior como principio, y se muestra la fragilidad del discurso impreso en la normativa vigente al no mostrar la suficiente capacidad de respuesta frente a la atención y protección de los NNA, como verdaderas fronteras que limitan la universalidad de los derechos humanos.

Palavras-chave: Migração; menino, menina e adolescente; princípio de não-repulsão; família; jurisdição da nacionalidade; restauração de direitos.

Résumé:

Cet article de recherche expose la violation des droits dans le cadre des phénomènes migratoires. Pour sa construction, la mobilité humaine a été analysée avec une approche de protection intégrée, ainsi que les causes et conséquences au niveau du développement humain, notamment chez les enfants et adolescents (ENN) et la désintégration familiale due à la migration. À partir de là, la protection est étudiée à partir de la figure du refuge, du principe de non-refoulement et des mécanismes et instruments envisagés dans les systèmes juridiques nationaux et internationaux et leur relation avec l'intérêt supérieur du mineur comme principe directeur en matière d'enfance et d'adolescence. . Il vise à sensibiliser le lecteur à la migration comme un plus de vulnérabilité au déplacement qui implique le déracinement culturel, l'appropriation d'une nouvelle culture, la désintégration familiale, l'abandon international et la régression des droits de l'homme en la matière. Dans le même sens, la tension entre le droit d'avoir une famille et de ne pas en être séparé est montrée Versus le principe de non-refoulement dans le cas des enfants migrants non accompagnés reconnus comme réfugiés par l'État colombien puisque, à proprement parler, le retour est pas possible vers leur pays d'origine en vertu de la protection internationale ou pourquoi ils ne peuvent pas faire l'objet d'une adoption en vertu de la juridiction de la nationalité. Se concluye cuestionando la finalidad del interés superior como principio, y se muestra la fragilidad del discurso impreso en la normativa vigente al no mostrar la suficiente capacidad de respuesta frente a la atención y protección de los NNA, como verdaderas fronteras que limitan la universalidad de los derechos humanos.

Mots clés: Migration; garçon, fille et adolescent; principe de non-refoulement; famille; juridiction de la nationalité; rétablissement des droits.

SUMARIO: Introducción. – Formulación del problema jurídico – Metodología. – Esquema de resolución del problema jurídico. – Plan de redacción: 1. Migración. 2. NNA migrantes no acompañados. 3. Reconocimiento de refugio a NNA no acompañados. 3.1. Principio de no devolución. 4. Fuero de nacionalidad. 5. Procesos administrativo de restablecimiento de derechos. 6. Ley 1878 de 2018 y el mecanismo del 208 contemplado en el PND. - Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Introducción

La migración ha sido abordada históricamente como un fenómeno social que ha dado forma a la civilización, así que no se trata de un tema nuevo, sino que corresponde a una categoría ampliamente discutida a partir de diversas áreas de las ciencias sociales que ha permitido en un

mundo globalizado hablar de interculturalidad. La interculturalidad ha sido entendida como:

Una filosofía que se esfuerza por crear una diversidad cultural, tratando de comprender las diferencias culturales, ayudando a la gente a apreciar y gozar las contribuciones hechas por distintas culturas en sus vidas, así como asegurar la completa participación de cualquier ciudadano para derribar las barreras culturales. (Michael & Thompson, 1995) citados por (Hidalgo Hernández, 2017).

La movilidad humana también se presenta como el escenario perfecto para la violación de los derechos humanos, principalmente cuando se trata de NNA no acompañados, dada su especial situación de debilidad manifiesta.

Constitucionalmente, la protección especial e interés superior tratándose de NNA ha sido elevado a derecho fundamental contenido en el Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (1991), que se convierte en la piedra angular de todas las medidas administrativas y judiciales que implican los derechos de esta población.

Así mismo, la norma en cita destaca el principio de corresponsabilidad como aquel donde converge la responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, los cuales tienen la obligación de apoyar y proteger al niño para asegurar su desarrollo armónico y holístico y el pleno ejercicio de sus derechos. Entre estos derechos a garantizar, se encuentra crecer en el seno de una familia y no ser separado de ella, a menos que medie causa justa, considerándose a la familia como el primer contexto protector y formador y como el principal actor dentro del restablecimiento integral de los derechos de los NNA.

En virtud del bloque de constitucionalidad que señala el artículo 93 de la Constitución Política (1991), Colombia ha adoptado y reconocido múltiples instrumentos internacionales en torno a la protección de derechos del niño y, particularmente a la población migrante, entre los que podemos destacar dentro del propósito del presente artículo: La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

A nivel de normativa nacional, vale la pena citar la Ley 1098 de 2006 que en su artículo 4° extiende su aplicación a todos los NNA residentes en el territorio colombiano, independientemente de su nacionalidad, haciendo eco al principio de no discriminación del artículo 2° de la CDN.

La situación de los NNA no acompañados evidencia que existe una gran debilidad en los sistemas de protección integral, un desconocimiento e incumplimiento de la normativa internacional y nacional de derechos humanos (Herrera Escribano, 2015).

La protección nacional e internacional brindada en el derecho positivo y los mecanismos para lograr la efectividad en su implementación ha resultado insuficiente en la garantía y satisfacción de las principales necesidades de la población migrante, aun cuando a partir del siglo XX el discurso de la universalidad de los derechos humanos se expandió.

Posteriormente y paralelo a la globalización, el uso de herramientas tecnológicas y la innovación

en los procesos comunicativos propiciaron el esparcimiento de las teorías sobre los derechos humanos y la formulación de nuevas problemáticas que buscan encontrar la resolución, pero que no trascienden de productos académicos, que se quedan en discursos fundamentados en la dignidad del ser humano sin que en el plano real se materialicen.

En el tema que ocupa hoy la atención, es preciso plantear el interrogante acerca de las tensiones que se generan al momento de dictar las medidas tendientes a la restitución de derechos en favor de los NNA migrantes venezolanos, atendiendo al creciente flujo migratorio de esta población hacia Colombia en la última década, a la luz del artículo 44 superior y del restablecimiento de derechos consagrado en el código de infancia y adolescencia modificado recientemente por la Ley 1878 de 2018 y la Ley 1955 de 2019.

La tensión que se pretende plantear trata sobre los casos de menores de edad no acompañados en territorio colombiano y con reconocimiento de refugio, lo que impide el retorno a su país en procura de su protección integral y a la vez dificulta la definición de la situación jurídica dentro del PARD. En este escenario estaríamos frente a la confrontación de un principio y un derecho. Siendo el primero, el principio de no devolución y el segundo el derecho a tener una familia y no separarse de ella, los cuales deben ser analizados a la luz del principio/derecho/norma de procedimiento del interés superior consagrado en el artículo 3° de la CDN y en el artículo 44 de la Carta Política (1991).

A lo mencionado, debe sumarse las barreras institucionales que se presentan en los procesos de atención en procura de la garantía de los servicios básicos que merece todo NNA para materializar sus derechos fundamentales, especialmente frente a educación y salud, lo que en definitiva compone el derecho a vivir bien y con máximos de calidad de vida. Debido a que todos los seres humanos tenemos derecho a vivir dignamente, satisfacer nuestras necesidades, tener acceso a la educación, salud y a gozar de libertades sociales y espirituales para realizarse plenamente (Lara Minda, 2018).

En ese sentido, es preciso efectuar un análisis jurídico con enfoque interseccional y diferencial a partir de los derechos humanos frente a la vulneración de los derechos de los NNA venezolanos migrantes sin acompañamiento y refugiados en el Estado colombiano, para determinar si los instrumentos y las medidas de restablecimiento de derechos contempladas en las normas internacionales y en Ley 1098 de 2006 – específicamente, resultan eficaces y responden al interés superior y al derecho a crecer en el seno de una familia garante.

Así mismo, conviene entender la migración como una precondition de vulnerabilidad de cara a las múltiples amenazas, riesgos y violaciones de derechos humanos en NNA migrantes venezolanos y las estrategias adoptadas por el Estado colombiano en torno a la protección de esta población mediante la interacción y articulación de las instituciones y la sociedad para mitigar las consecuencias del desplazamiento que impactan el desarrollo del ser humano. Para este propósito se analizarán los lineamientos técnico - administrativos de atención del ICBF como el ente rector al que se le ha encomendado la protección y promoción de los derechos de los NNA.

Se pretende la revisión de jurisprudencia reciente sobre el tema, el análisis de normatividad en cuanto a refugiados y las medidas de restablecimiento de derechos para esta población; y, finalmente se acudirá a la observación y análisis de procesos e informes oficiales de los organismos y entidades antes mencionados que en su misión contemplan la defensa, promoción y protección de los derechos humanos.

Frente al acceso a la información, y por tratarse de un tema relacionado con menores de edad, lo que implica la reserva en la mayoría de las actuaciones administrativas y jurídicas en los procesos, es posible acceder a los informes, las rutas de atención y las políticas públicas de las Entidades que se encargan de la protección y restablecimiento de los derechos de los NNA migrantes, tales como ACNUR, CEPAL, ONU, UNICEF, SNBF, ICBF, CIDH entre otras que de acuerdo con su misión, se constituyen en un amplio campo de propuestas investigativas cuantitativas y cualitativas.

El presente producto refiere a áreas básicamente sociales e interdisciplinarias, con fuentes de información de fácil acceso, dada la naturaleza y la coyuntura mundial del tema propuesto. Adicionalmente cobra importancia y factibilidad en el entendido de que los fenómenos migratorios han propiciado la interacción cultural paralelamente a la globalización y la aldea global, que dependiendo desde el aspecto en que se aborde puede entenderse de manera negativa o positiva.

De hecho, de la presente propuesta, desde ya se evidencia que pueden surgir otros artículos desde diferentes enfoques, a saber: jurídicos, sociológicos, económicos, humanísticos, pedagógicos, sociales, psicológicos, antropológicos y un sinnúmero de visiones de acuerdo con el “escenario constitucional” que se quiera investigar.

Formulación del Problema

Con fundamento en la exposición efectuada en la introducción de este artículo es preciso formularse la siguiente pregunta: ¿El principio de no devolución para el caso de NNA migrantes venezolanos no acompañados y refugiados en Colombia, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, teniendo en cuenta que se prohíbe el retorno a su país de origen y por su fuero de nacionalidad no es posible definir su situación jurídica con la declaratoria de adoptabilidad?

Metodología

Para conseguir los objetivos formulados la metodología propuesta es la cualitativa, en una investigación analítica, descriptiva, reflexiva y comparativa tanto jurídica como doctrinal a partir del desarrollo normativo nacional e internacional referente a la protección de los niños migrantes, para lo cual se trabajó con la visión de un enfoque diferencial e interseccional. En ese sentido, para llegar al tema macro se debe abordar el estudio de un caso particular con las características del objetivo general a desarrollar, entendiendo la investigación como un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno o problema (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010).

Como técnica de recolección de datos para fundamentar y sustentar el presente producto, se acudirá a: estudio de caso basado en la historia de vida de un niño quien se encuentra dentro de un PARD desde el 2018, con situación de migración no acompañado y a quien se le reconoció como refugiado en Colombia, caso en el cual se agotaron todos los mecanismos tendientes a la reunificación familiar sin resultado alguno, por lo cual su situación jurídica se encuentra en indefinición. La población con la que se realizó este trabajo corresponde a NNA migrantes venezolanos no acompañados y con reconocimiento de refugio en Colombia con PARD sin definición de situación jurídica dada la ambivalencia de la normatividad nacional e internacional.

Esquema de resolución del problema jurídico

Para resolver el problema jurídico planteado se procederá a: (i) conceptualizar el fenómeno de migración; (ii) detallar el estatus de NNA migrantes no acompañados; (iii) indagar sobre el reconocimiento de refugio a NNA no acompañados; (iv) detallar el fuero de nacionalidad; (v) describir el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y; (vi) analizar la Ley 1878 de 2018 y el mecanismo del 208 contemplado en el PND.

Plan de redacción

1. Migración

Por migración se ha concebido el “movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea a través de una frontera internacional o dentro de un país.” (OIM, 2019, pág. 133). La misma OIM (2017) ha ratificado la postura asumida dentro de la agenda del desarrollo global, considerando que la migración es hoy y será sin duda en el siglo XXI una de las cuestiones políticas, económicas, sociales y humanitarias más importantes de las agendas nacionales, regionales e internacionales de los países.

La Organización de las Naciones Unidas (2019) resaltan que la importancia se ha visto también reflejada en la incorporación de la migración en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en el 2015. La Agenda 2030 reconoce por primera vez la contribución de la migración al desarrollo sostenible. La migración es un tema transversal que afecta a todos de los ODS, de tal magnitud que 11 de los 17 objetivos representan relevancia en las movilidades humanas.

Se hace referencia central de los ODS por parte del Departamento Nacional de Planeación, a la migración como una estrategia para reducir la desigualdad en la meta 10.7 al señalar que se debe “facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas” (Departamento Nacional de Planeación, s.f.) en garantía del progreso inclusivo.

A su turno, el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) alude al derecho humano a la libre circulación en el territorio propio, es decir a la migración interna “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Respecto a la migración internacional indica que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 13).

En esta dirección algunos tratados de derechos humanos abordan los derechos de los migrantes de manera específica, como la CDN. Esta norma fue ratificada por todos los Estados miembros de la ONU, a excepción de Estados Unidos de Norteamérica, Somalia y Sudán del Sur. Frente a protección de derechos de los niños, se ha convertido en el documento idóneo y primer instrumento que da fuerza al derecho internacional, consagrando particularmente lo relacionado con la prevención de las vulneraciones de los derechos contra los NNA, las responsabilidades de los Estados para restablecer inmediatamente sus derechos cuando existan situaciones de amenaza o vulneración y la obligación de brindar protección integral a los NNA en su territorio (OIM, 2015, pág. 8). Esta situación es preocupante ya que como señala Salazar (2008):

La migración forzada es un acontecimiento disruptivo en la vida de los jóvenes, que marca tajantemente su experiencia. Se convierte en un momento en sus historias que divide su existencia en un antes y un ahora. Después de perder sus referentes materiales y simbólicos hacen uso de sus memorias y re-crean de nuevo la realidad. Los jóvenes se plantean nuevos retos en sus vidas, construyen argumentos para desenvolverse en la ciudad como actores sociales. No es sólo el movimiento en el espacio, ésta es solo una pequeña parte de todo lo que implica para los seres humanos el desplazamiento forzado en sus vidas (Pág. 8).

Es evidente que la migración, especialmente la infantil, conlleva consecuencias a nivel del desarrollo humano, tales como la interculturalidad y la adopción de prácticas culturales, el desarraigo, la apropiación cultural entre otras situaciones que exponen la vulnerabilidad de esta población y la escasa red de apoyo institucional y social y por supuesto, la descomposición familiar. La autora Pavez Soto (2010), señala:

La infancia no es un grupo homogéneo, en su interior hay grandes desigualdades de género, de clase y de origen étnico, entre otras. También existen diferencias dentro del grupo infantil inmigrante, que se relacionan tanto con la clase, el género, la nacionalidad, el origen cultural o religioso. Además, las propias características del proyecto migratorio familiar marcan las experiencias infantiles, ya sea por los planes de retorno o la permanencia definitiva de las familias en destino (Pág. 31).

La situación de vulnerabilidad de los derechos de los NNA migrantes es en todos los países que tiene que ver con fenómenos migratorios; es así como, en palabras de Ceriani Cernadas (2012), los NNA migrantes no acompañados:

(...) o separados de sus padres, sobre todo cuando han ingresado de manera irregular o se encuentran sin autorización de residencia, sufren de manera particular las restricciones a sus derechos emanadas de políticas, normativas o prácticas que no se condicen con los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente los que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). El reforzamiento de los mecanismos de control migratorio, por su parte, ha profundizado la situación de alta vulnerabilidad en que se encuentran estos niños/as y los riesgos de la migración, que puede derivar en hechos de abuso, violencia y explotación, o en daños graves a su integridad física o su vida (Pág. 2).

Su vulnerabilidad no solamente es por el hecho de no ser nativo del país que lo acoge sino por su edad, los NNA según otros autores:

Dependen de otros para hacer frente a los riesgos propios de la edad, ya que no cuentan con los conocimientos, la experiencia o los recursos para valerse por sí mismos. Así, ante la ausencia de los adultos o su insuficiente apoyo, aumenta la probabilidad de que sufran daños o abusos con efectos de largo plazo. La ausencia de oferta educativa de calidad que brinde a los niños la oportunidad de adquirir habilidades básicas es un ejemplo de lo anterior. Asimismo, un cuidado precario de la salud infantil o una alimentación deficiente puede derivar en severos problemas cognitivos y de salud (Maldonado Valera, Martínez Pizarro, & Martínez, 2018, pág. 30).

La migración es entendida como un fenómeno sociológico, cultural y demográfico que se presenta por diversas causas y conlleva múltiples implicaciones como consecuencia del desplazamiento de un lugar a otro, el cambio de cultura, los inconvenientes y barreras institucionales que se ocasionan en desarrollo del éxodo, traslado y destino, los aspectos que potencializan el riesgo que por sí mismo implica el desplazamiento, especialmente tratándose de NNA, considerando que a partir de

la concepción de uniformidad que trae consigo el mundo globalizado, partiendo de la premisa de que ninguna cultura es igual a otra, aun cuando se persevere conseguir un diálogo horizontal entre estas, como lo plantea Boaventura de Sousa Santos (2010) con la epistemología del sur.

Retomando a Maldonado Valera, Martínez Pizarro, & Martínez (2018):

La primera fuente de vulnerabilidad es la integridad física, la violación de derechos humanos y laborales fundamentales durante el trayecto hacia el país de destino y al atravesar las fronteras, en especial cuando el traslado es irregular. Sobresalen fenómenos de extorsión e incluso secuestro por parte de personas o grupos que abusan de su situación de desprotección, riesgos de abuso psicológico, maltrato físico, abuso sexual, particularmente en el caso de mujeres y los niños y niñas (Pág. 38).

Frente a esto, Martínez y Orrego (2016) citados por Maldonado Valera, Martínez Pizarro, & Martínez (2018), señalan que es preciso que las políticas en el ámbito de la migración incorporen principios rectores que se derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño. En ese contexto, la migración se convierte en una condición que se potencializa negativamente dado el panorama donde convergen otras circunstancias de interseccionalidad (Crenshaw, 2019), tales como la discriminación, la xenofobia, que no obstante existir en Colombia una ley contra ese flagelo (Ley 1482, 2011) no se ha logrado garantizar la protección integral de los derechos humanos a quienes son objeto de actos de racismo o discriminación.

En cierto modo, como indican otros autores, refiriéndose a la discriminación contra la población migrante:

Todo esto se efectúa bajo el amparo de gobiernos que no toman medidas en aras de una auténtica integración del inmigrado, por el contrario, crean normas que estigmatizan y prescinden del extranjero y aumentan las disposiciones que sobreprotegen a las empresas y a su economía que atentan contra derechos de inmigrantes (Torres Vásquez & Huertas Díaz, 2011). También son motivo de aporofobia, lo que Cortina señala como el rechazo al pobre (Cortina, 2017). Esto conlleva un círculo de vulneración de derechos que en múltiples casos revictimiza y que por supuesto, atenta contra el desarrollo progresivo de los derechos humanos.

2. NNA migrantes no acompañados

La situación de migración de NNA *per se* constituye una condición especial de vulnerabilidad y amenaza de los derechos humanos de este grupo poblacional, como se señaló en líneas anteriores, en razón a la edad, raza, factor socioeconómico, riesgo psicosocial, abandono y otra serie de particularidades que generan exposición grave de su integridad e incluso de la vida.

Según el reporte del Banco Mundial (2018) existen otras vulnerabilidades como la explotación sexual, la separación y desprotección de niños y la violencia intrafamiliar y de género que aumentan los factores de riesgo de violencia, creando dinámicas favorables para el incremento de la inseguridad en el mediano plazo.

Entonces, conscientes de la necesidad de analizar la situación de los menores de edad migrantes no acompañados de cara con el derecho a crecer en una familia que garantice derechos, es pertinente determinar el significado de las normas que tratan la materia, a fin de establecer su finalidad y alcance en relación con la protección especial y el principio del interés superior de

NNA.

Para contar con un acercamiento con la terminología a utilizar en el presente artículo, es preciso definir algunos conceptos a tratar. El concepto de NNA, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años. (Ley 1098, 2006).

Sobre los NNA migrantes, según estudios realizados por la OIM se sabe que migran solos o con sus familias, dentro de su territorio nacional o pasando fronteras internacionales. Algunas veces, esta migración es voluntaria y se emprenden travesías para mejorar la calidad de vida o en busca de trabajo o educación para sus familiares o para ellos, o para explorar el mundo, en otros casos, para lograr la reunificación familiar (OIM, 2015).

Acudiendo nuevamente a Herrera Escribano (2015) es preciso referirse a uno de los instrumentos internacionales encargado de la defensa de los derechos de los NNA:

El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de la Organización de las Naciones Unidas encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y de interpretar las disposiciones de la Convención. Este Comité emitió en 2005 la Observación General No. 6, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”. Con ella quiso poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de las y los menores no acompañados, exponer lagunas sobre la protección de estos menores y sus derechos, y proporcionar a los Estados orientación sobre la protección, atención y trato adecuado a las y los menores no acompañados a la luz de la CDN y con referencia a los principios de no discriminación, interés superior del niño y derecho del niño a manifestar sus opiniones (Pág. 3).

De otra parte, los flujos migratorios han sido materia de diversos estudios académicos específicamente al tratarse de derechos humanos, por cuanto en el camino de la movilización ocurren situaciones que potencializan la vulnerabilidad ya establecida desde el momento del desplazamiento de las personas de sus propias culturas. Sin embargo, llama la atención los menores de edad que migran sin acompañamiento o que en el camino por diversas situaciones se separan de sus padres o cuidadores.

Colombia no resulta ser ajena a esta situación; según los datos de octubre de 2020 presentados por Migración Colombia, hay 1,7 millones de nacionales venezolanos en Colombia, de los cuales el 12% son NNA, como actores en este fenómeno migratorio que representa un gran desafío para el Gobierno de Colombia, buscando ejecutar políticas públicas a través de acciones afirmativas orientadas a la atención de las necesidades y la promoción de los derechos y expectativas de esta población (OIM, 2021).

Para el caso de los NNA sin acompañamiento y separados de sus padres o representantes legales, el papel de las instituciones es fundamental. Instituciones como el ICBF y las entidades territoriales a través de las autoridades administrativas en materia de protección se encargarán de llevar a cabo los PARD de esta población, en el ejercicio de la representación legal de los menores de edad en esas condiciones y adelantando todas aquellas acciones afirmativas para restaurar el derecho a vivir bien y todas las garantías que de este se desprenden en igualdad de condiciones.

De igual manera, mediante las acciones de articulación con las demás entidades que hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar se coadyuva al restablecimiento de derechos, se busca garantizar el acceso en el sistema educativo y la permanencia en este, así como la vinculación al

sistema de salud con atención de calidad y la regulación de su situación migratoria.

Para este propósito el Ministerio de Educación en cooperación con Migración Colombia expedieron la Circular Conjunta N° 1 de 2017 y la Circular Conjunta N° 16 del 10 de abril de 2018 ambas introducen orientaciones sobre el acceso sin barreras institucionales al sistema educativo de la población que compone NNA migrantes.

Así mismo, del ICBF, el Ministerio de Salud y Protección Social surgió la Circular Conjunta No. 21 del 25 de marzo de 2020, cuyo asunto corresponde a “Acciones para la afiliación y reporte de novedades al sistema general de seguridad social de salud de los NNA y jóvenes a cargo del Instituto Colombiano De Bienestar Familiar – ICBF.” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2020) en la cual se establece la ruta y la obligatoriedad en la afiliación sin barreras administrativas de la población especial a cargo de ICBF con PARD.

También resulta importante, citar las conclusiones efectuadas en un caso bajo estudio de la Corte Constitucional:

La jurisprudencia ha tutelado el derecho de menores extranjeros a acceder al sistema educativo público. Así, por ejemplo, ha garantizado a un adolescente extranjero la posibilidad de mantenerse en el sistema educativo público, garantizando así el goce efectivo de su derecho constitucional fundamental a la educación y a un desarrollo armónico e integral, como lo establece la Constitución. La Corte consideró que los trámites previos que se debían realizar se habían convertido en un obstáculo para que el menor gozara de su derecho a la educación. Por tanto, estableció que los trámites no se podían exigir por el centro educativo acusado, ordenó a las autoridades encargadas de aclarar la situación migratoria del menor hacerlo de manera expedita y estableció que el establecimiento educativo pública no podía ser sancionado por haber aceptado al menor extranjero como estudiante sin haber exigido el pleno cumplimiento de los requisitos establecidos en la reglamentación vigente.

La jurisprudencia constitucional también se ha ocupado de tutelar los derechos de las personas extranjeras, incluso si su situación migratoria es irregular. Así lo decidió la Corte al proteger el derecho al debido proceso de un ciudadano extranjero en condición irregular, al que las autoridades migratorias iban a deportar. Se anuló la decisión adoptada, se ordenó reiniciar el procedimiento por parte de las autoridades, como el estricto cumplimiento del derecho al debido proceso, así como también se ordenó la expedición de un salvoconducto, mientras se aclaraba la situación migratoria del accionante. En este caso la Corte valoró el derecho fundamental de él y del resto de su familia a permanecer unidos y no ser separados, en especial el de su hija, una niña (Corte Constitucional, Sentencia C-416, 2014).

Esta jurisprudencia permite comprender que la protección a los NNA migrantes sin acompañamiento, se ha condicionado a los derechos que tutele el órgano judicial, aun cuando la normatividad y los mecanismos internacionales presentan claridad en el sentido de establecer la protección en igualdad de condiciones del extranjero y el migrante, y es precisamente la fragilidad detectada en el discurso sobre los derechos humanos y la incapacidad de respuesta de las instituciones y el sistema jurídico colombiano tratándose de protección integral de los NNA migrantes, la que debe dejarse como reflexión.

Se sabe que las consecuencias de las carencias físicas, psicoafectivas y emocionales que podrían causar la ausencia de las figuras protectoras en los NNA en situación de abandono a causa de la migración son entre otras, el desarraigo, desapropiación cultural, pérdida de la identidad, ruptura de vínculos familiares. Frente a esta situación los NNA no acompañados el Estado debe realizar

los esfuerzos encaminados a restablecer su derecho de relación y trato directo con sus padres o familiares, tal y como lo dispone el numeral 2 del Artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre y cuando no se acrediten circunstancias o factores de vulnerabilidad en entorno familiar que ponga en riesgo los derechos del niño o niña de acuerdo con la verificación de derechos que se disponga. Valorada la opinión del niño o niña y demás insumos con los que cuente la Autoridad Administrativa.

De esta forma, se debe realizar un proceso activo de búsqueda de redes familiares, ya sea en Colombia, Venezuela y otro país, siempre y cuando esa búsqueda de familia sea compatible su interés superior. Para la búsqueda de familia en Venezuela, el ICBF y el Comité Internacional de la Cruz Roja – CICR- suscribieron el Convenio de Cooperación Internacional 1015382019, que tiene como objeto “aunar esfuerzos técnicos y administrativos para apoyar los procesos de restablecimiento de contactos de NNA migrantes no acompañados o separados que se encuentren en un PARD, cuando sus familias estén en Venezuela” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2020).

El principal objetivo del Convenio es realizar un acercamiento con el NNA, mediante la entrevista como instrumento de investigación para obtener información acerca de las redes familiares que puedan y estén en condiciones óptimas para recibir al NNA y lograr el restablecimiento de los contactos. De igual manera, es posible establecer comunicación a través de cualquier mecanismo idóneo, como las redes sociales para efectuar la búsqueda activa de familiares y ejercer un adecuado acompañamiento en este proceso.

Conforme a lo expuesto en líneas anteriores, si la reunificación familiar no es posible porque no se encontró familia o porque encontrándose se documentó que no ofrece garantía de derechos y el reintegro no es compatible con el interés superior del NNA no acompañado, se debe seguir la ruta contenida en la Resolución 11199 del 2 de diciembre de 2019 expedida por la Dirección General del ICBF, que reglamentó el mecanismo que posibilita la ampliación del término de seguimiento del PARD.

Como se indicó anteriormente, todas las acciones de restablecimiento de derechos de NNA migrantes no acompañados deben ser direccionadas por parte de las autoridades administrativas y deben estar orientadas bajo el interés superior, como principio, derecho y norma de procedimiento. Importante, tener en cuenta la ruta de reconocimiento de refugio, de la cual se hablará en el siguiente apartado.

3. Reconocimiento de refugio a NNA no acompañados

Todos los NNA que ingresan a territorio colombiano sin acompañamiento o que estando dentro del territorio y por diversas razones son separados de sus familias, deben ser sujetos de protección especial mediante el respectivo PARD, donde a la autoridad administrativa le corresponde asumir la representación legal del NNA y adelantar todos los trámites a que haya lugar con el objetivo de lograr el reintegro, privilegiando de esta manera la ubicación en medio familiar como indica el CIA en su artículo 53 (Ley 1098, 2006), o en su defecto y de ser procedente mantener la ubicación en el sistema de protección de ICBF en la modalidad que se ajuste al perfil, necesidades y expectativas del NNA, cuando existan criterios razonables que impidan el retorno al seno familiar.

Así mismo; y de ser procedente, en virtud de la protección internacional y el interés superior, debe

solicitarse al Ministerio de Relaciones Exteriores, el reconocimiento de refugio del NNA de conformidad con lo establecido en el Decreto 1067 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores.

Es preciso mencionar que, el reconocimiento de refugio conlleva consecuencias favorables para los NNA cobijados con esta figura, en lo que respecta a garantías de protección internacional. No obstante; implica también la imposibilidad del retorno del refugiado en aplicación del principio de no devolución, el cual, tratándose de NNA extranjeros bajo protección de ICBF no puedan retornar a su país de origen. A la vez que, la definición de su situación de restablecimiento de derechos queda en el limbo, por improcedencia de la figura de adoptabilidad en los términos de la normatividad vigente sobre la materia. Este tema propuesto en la formulación del problema será abordado a continuación dejando ver la ambigüedad del sistema jurídico.

También es preciso indicar que pese a las garantías que se le puedan brindar a los NNA migrantes en virtud de la protección especial y el principio de igualdad de trato al nacional y el extranjero, la normatividad no avanza al ritmo de la realidad social, que demanda no solo el replanteamiento de los postulados en cuestionamiento, sino la interpretación de los mandatos constitucionales con sentido abierto al momento de resolver un caso, específicamente si se trata de buscar la situación más favorable para el NNA. Es decir, se requiere acudir a los principios para resolver las situaciones problemáticas mediante criterios interpretativos con el fin de proteger un derecho. En palabras de García Amado (2004) refiriéndose a la ainterpretación, indica:

Desde la jurisprudencia de valoraciones se considera adecuado entender que toda norma responde a un fin y que ese fin es siempre dirimir un conflicto de intereses estableciendo una preferencia entre ellos. Ahora bien, tal preferencia no puede concebirse como aleatoria o contingente prioridad sentada por el legislador, sino que ha de entenderse como llevada a cabo desde un sistema de valores que da sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto y que trasciende incluso a la voluntad del concreto autor de cada norma. Tales valores se articulan en un sistema, el verdadero sistema jurídico, que tiene en su cúspide aquellos que se relacionan con la razón de ser del derecho mismo y le dan su sentido (justicia, protección de la vida y de los bienes básicos del individuo...) (Pág. 46).

3.1. Principio de no devolución

En el marco del principio de no devolución como garantía de protección internacional se pretende asegurar la integridad del solicitante de refugio en un Estado determinado, de tal manera que la normatividad internacional concebida en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados (1951) y el Protocolo de Nueva York (1967) contempla la prohibición de expulsar a las personas a quien se les ha acogido y reconocido como refugiados, salvo que se trate de razones de seguridad del Estado receptor.

Lo anterior se fundamenta, en las causales que conllevan a los extranjeros a solicitar el refugio ya sea por persecución política, o por razones de cultura, religión, raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u otra situación en la que se exponga potencialmente el riesgo a su vida o integridad.

Es decir, bajo este principio de protección internacional el Estado receptor se encuentra en la obligación de acoger y garantizar la permanencia del refugiado o garantizar la movilidad a un tercer Estado que sea considerado como país seguro. En palabras de Pastor Beneyto (2017) se define como Estado seguro:

Así pues, en el ámbito europeo, el artículo 36 de la Directiva 2013/32/UE dispone que, un tercer país designado como Estado de origen seguro de conformidad con la Directiva, podrá ser considerado como país seguro para el solicitante si el mismo posee la nacionalidad de dicho Estado, o bien es apátrida y anteriormente tuvo su residencia habitual en dicho país, y no se ha constatado ningún motivo grave para dejar de ser considerado como un Estado seguro (Pág. 46).

Con la finalidad de materializar este principio del derecho internacional humanitario, la CIDH (2014) ha dispuesto que:

(...) las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial (Opinión Consultiva OC-21, 2014).

En este escenario, vale la pena poner sobre la mesa a primera reflexión: ¿El principio de no devolución vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, tratándose de NNA migrantes venezolanos no acompañados con reconocimiento de refugio en Colombia? lo anterior, teniendo en cuenta que se impide el retorno a su país de origen, minimizando la expectativa que puedan existir redes familiares e institucionales que podrían asumir el cuidado.

La respuesta a este interrogante puede considerarse positiva, desde el punto de vista de la coyuntura internacional frente al país vecino, el cual no brinda garantías de búsqueda real de familia o de ubicación institucional, dada la dificultad en las comunicaciones diplomáticas con Colombia, entorpeciendo los procesos de cooperación internacional en materia de niñez y adolescencia.

Para el propósito de esta temática, es importante conocer que la entidad homóloga de ICBF en Venezuela corresponde a los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente (CPNA). Los CPNA hacen parte del Sistema de Protección establecido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) y “revisten mucha importancia al ser los nuevos órganos responsables de conocer y decidir los casos en los cuales se ha amenazado o violado los derechos y/o garantías de los NNA individualmente considerados” (LOPNA, 2001, art. 158) (Serrano & Pérez, 2005).

Entonces, bajo los anteriores términos aun cuando se pretenda una reunificación familiar en el país de origen, según el contenido y alcance del principio de no devolución sería un despropósito intentarlo, salvo que a través de la teoría de las redes migratorias sea posible identificar y contactar familia que pueda trasladarse al Estado protector y se le brinde el reconocimiento de refugio al grupo familiar o se piense en la posibilidad del traslado a un tercer Estado.

4. Fuero de nacionalidad

Conviene abordar el tema de la nacionalidad como un derecho humano reconocido por la normatividad y los instrumentos internacionales que se ocupan de la defensa y garantía de los derechos humanos. Del reconocimiento de la nacionalidad se desprenden los derechos fundamentales, los derechos civiles y políticos, la identidad y el sentido de pertenencia de un individuo hacia el Estado al que hace parte y; por supuesto, la garantía que tienen de ser sujetos de derechos y protección por parte de las Instituciones que conforman ese Estado considerado en la

posición de garante frente a sus coasociados.

Frente a este aspecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) contempla en su artículo primero el derecho a la nacionalidad y en el artículo segundo la prohibición de su privación arbitraria o del derecho a cambiarla. En este punto, es preciso citar la posición de un juez de familia colombiano respecto a la imposibilidad de privar de la nacionalidad a un NNA venezolano migrante no acompañado y con reconocimiento de refugio en Colombia, en donde aborda el tema de la siguiente manera:

Como se estableció que los derechos fundamentales al riesgo de la vida, vivienda, salud, familia, etc. (sic) están en estado de vulneración y atenta con ello la misma vida digna del menor, se hace necesario responder el segundo cuestionamiento al problema jurídico referente a qué medida de protección aplicar frente a esta situación evidente de abandono; si fuere nacional colombiano conforme con el Art. 53 del C.I.A, la medida sería la adoptabilidad por abandono; pero, como el niño M.D.B.B (se citan únicamente las iniciales del nombre por protección al derecho a la intimidad) fuera de texto, tiene nacionalidad venezolana por ende extranjero, no es dable optar por esta medida de protección, pues ello atentaría con principios nacionales e internacionales, como el fuero nacional, personal, a mas (sic) que no cumpliría con los principios de reciprocidad de los tratados, a punto como se dijo, que el Juez colombiano como lo señala el Art. 96 de la Constitución Política, no puede privar de la nacionalidad a los Colombianos, menos podrá privarle de la nacionalidad a un extranjero; pues al darlo en adopción le está rompiendo la filiación natural de sus padres y de su nacionalidad por nacimiento.

La solución al problema jurídico tendiente a señalar qué medida aplicar, el Juzgado encuentra que lo permitido conforme con el Art. 53 de la C.I.A., es mantenerlo en un hogar sustituto y de inmediato la autoridad encargada que es el I.C.B.F., adelantar con diligencia, los trámites para su repatriación si ello es posible por la situación política que padece en la actualidad Venezuela que es de público conocimiento bajo las garantías de sus derechos fundamentales; o en su defecto, además de seguir brindando la protección de todos sus derechos, adelantar las gestiones para entregar la nacionalidad colombiana a este niño (...)” (Juzg. 2 de Familia de Tunja. Caso No. 00198/2019. T.Vargas)

5. Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

Los NNA migrantes a quien se les identifique amenaza o vulneración de derechos en el territorio colombiano y por disposición de las normas descritas en líneas anteriores, en especial por la aplicación al principio de igualdad y no discriminación, son merecedores de la apertura de un PARD que corresponde a la restauración de la dignidad e integridad de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados (Ley 1098, 2006).

En el marco del PARD, el ICBF y las demás instituciones que conforman el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, están en la obligación de dirigir sus actuaciones enmarcadas en el enfoque de derechos humanos y la doctrina de la protección integral, que se concibe a partir de la Política Nacional de Infancia y Adolescencia (PNIA) 2018 – 2030 (2018), como:

Este es el enfoque universal por excelencia, siendo su fundamento ético la dignidad humana. Los derechos humanos son inherentes a la persona y a su desarrollo. El enfoque de derechos comprende principios universales y el reconocimiento del compromiso y obligatoriedad estatal de la garantía. Su carácter integral permite una visión holística de los seres humanos en lo individual o colectivo,

atendiendo a sus capacidades de desarrollo. Desde este enfoque, se reconocen a las niñas, niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos. Así, el Estado colombiano se plantea la protección Integral de los derechos de la niñez en términos del reconocimiento de su titularidad y la promoción del desarrollo integral, la prevención de su vulneración, la garantía y el restablecimiento (Pág. 26).

De igual manera ha de tenerse en cuenta, que las acciones de protección deben ser orientadas con el “enfoque interseccional, dada la población objeto de intervención donde la persona que reclama estar sometida a actos de discriminación pertenece a más de un grupo históricamente discriminado y marginalizado” (Corte Constitucional, sentencia T-141, 2015).

Es amplia la doctrina y la jurisprudencia frente al tema aquí expuesto, la interdisciplinariedad con que se aborda el estudio de los derechos de los NNA permite un escenario basto en ese sentido. En ese escenario, se encuentran estudios e informes de diferentes autores y organizaciones que exponen los datos relevantes en relación con la población migrante y los procesos de atención acordes a sus necesidades y contando con la oferta institucional de las entidades estatales desde variados enfoques y perspectivas, dada la misma interdisciplinariedad del tema. Sin embargo, se pretende extraer la información relevante con un enfoque jurídico de los derechos humanos, la articulación de las entidades implicadas y los mecanismos de protección sobre la materia, en procura de poner sobre la mesa la reflexión sobre la existencia de una posible tensión entre un principio y un derecho a partir de la normatividad y de la efectividad de la protección integral e interés superior de los NNA por parte del Estado colombiano con ocasión del flujo migratorio venezolano.

6. Ley 1878 de 2018 y el mecanismo del 208 contemplado en el PND

La Ley 1878 del 9 de enero de 2018 por la cual se modificó la Ley 1098 de 2006, estableció un término máximo de duración para el PARD, con el fin de evitar la permanencia injustificada de los NNA en los servicios de protección, permitir que crezcan en un medio familiar garante de sus derechos y lograr la superación de las vulneraciones en un tiempo razonable.

El PARD tiene una duración máxima de dieciocho meses y culmina con la declaración de vulneración de derechos o la medida de adoptabilidad. Frente a este aspecto, existen algunas excepciones en casos especiales donde se imposibilita la resolución jurídica de la situación del NNA por las particularidades del mismo proceso.

Para este propósito se creó el mecanismo de que trata el artículo 208 del PND contenido en la Ley 1955 (2019), el cual dispone que:

Con el fin de garantizar una atención con enfoque diferencial, en los casos en que se advierta que un proceso no puede ser definido de fondo en el término máximo establecido, por las situaciones fácticas y probatorias que reposan en el expediente, el ICBF reglamentará un mecanismo para analizar el proceso y darle el aval a la autoridad administrativa para la ampliación del término (Ley 1955, 2019, art. 208).

Como lo menciona la norma en cita, este mecanismo tiene como objetivo principal analizar los PARD atípicos que sean puestos en conocimiento a la dirección regional competente o de la dirección de protección del ICBF y que requieran de una ampliación del término permitiendo que se superen los 18 meses sin que refleje en una pérdida de competencia para la autoridad administrativa.

Son casos que debido a las particularidades que presentan, no permiten ser definidos de fondo, entre ellos tenemos: venezolanos, Indígenas, problemas de salud en donde no haya acceso a los tratamientos en el lugar de residencia, casos de familia con condiciones especiales.

La solicitud que realice la autoridad administrativa para ampliar los términos de seguimiento del proceso deberá hacerse mínimo un mes antes del vencimiento del término ordinario que contempla la ley para definir de fondo la situación del NNA. Dicha solicitud debe ser fundamentada y la respuesta a esta por parte de la autoridad correspondiente debe ser motivada y con indicación del tiempo por el cual se concede la prórroga del término (Resolución 11199, 2019).

Entonces, podría decirse que por un lado el legislador en la motivación de la Ley 1878 de 2018 tuvo la intención de limitar los términos del PARD con la figura de la pérdida de competencia en caso de no definir la situación jurídica del NNA al finalizar los 18 meses dispuestos para ellos, o al no prorrogar el término del seguimiento luego del vencimiento de los primeros 6 meses posteriores al fallo de vulneración.

No obstante, al identificar situaciones de casos atípicos donde definitivamente no es posible resolver la situación jurídica del NNA, se implementó el mecanismo del artículo 208 referido anteriormente, con la finalidad de extender los términos hasta tanto se configure una situación que permita definir de fondo el asunto.

Un ejemplo de caso atípico donde se dificulta definir de fondo la situación jurídica es precisamente el PARD de los NNA venezolanos no acompañados y con reconocimiento de refugio en Colombia, pues en términos prácticos la competencia de la autoridad administrativa llega hasta la declaración de vulneración de derechos. El inconveniente se presenta cuando superados los 18 meses y se debe decidir un reintegro familiar o una declaratoria de adoptabilidad en garantía al derecho a crecer en el contexto de una familia garante, considerando el dilema de no poder ser retornados a su país de origen o de pensar en la segunda alternativa, su fuero de nacionalidad no permite la declaratoria de adoptabilidad.

Por lo anterior, conviene dejar varias reflexiones sobre la mesa: el despropósito de la finalidad de la Ley 1878 de 2018 de cara con el mecanismo de prórroga del 208 de la Ley 1955 de 2019 al pretender formular una solución ante las posibles pérdidas de competencia de las autoridades administrativas al no resolver dentro de los términos legales la situación jurídica de un NNA que se encuentra en una situación atípica, pero que no cumple con la finalidad para la cual fue expedida, esto es definir en un tiempo “razonable” un restablecimiento de derechos que, en todo caso debe apuntar a la garantía de la ubicación o la continuidad en una familia protectora, ya sea de origen o adoptiva.

La reflexión frente a la norma supraconstitucional no es menos preocupante, encontramos que el principio de no devolución como garantía de protección internacional encaminada a la no expulsión del refugiado a su país de origen limita la expectativa de los NNA en caso de ubicar a su familia, al no poder pensar en un reintegro familiar. Una posible solución podría ser pensar en que la familia se traslade al país que ofrece la protección y legalice su situación en el territorio receptor, como lo plantea la teoría de las redes migratorias.

Por otro lado, y en caso de no contar con la opción de ubicar la familia del NNA no acompañado y refugiado en Colombia, se torna aún más compleja la situación pues de tratarse de un NNA

nacional colombiano podría ser resolverse su situación jurídica con la declaratoria de adoptabilidad y abrir la puerta a una posible adopción. Sin embargo, la condición de extranjero de los NNA venezolanos, no permite disponer de su fuero de nacionalidad y en consecuencia no es posible jurídicamente proceder con la declaratoria de adoptabilidad.

En ese orden de ideas el Estado colombiano a través del ICBF ofrece la protección continua del NNA no acompañado y con reconocimiento de refugio en Colombia, hasta tanto se encuentra una solución jurídica o el contexto internacional permita su regreso a Venezuela, lo cual de momento dista de la realidad.

Conviene, en este estado de cosas considerar que la situación de estos NNA refugiados por parte del Estado y bajo la custodia del ICBF, corresponde a una especie de “cadena perpetua administrativa”, desde la perspectiva de la indefinición jurídica del PARD, lo que analógicamente se compara con la falta de resolución de la situación jurídica de una persona que se encuentra con privación de su libertad, al no contar con elementos serios que limiten la temporalidad de dichas medidas, como lo contempló el legislador en el espíritu de la Ley 1878 de 2018.

Conclusiones

La migración entendida como un fenómeno social de movilización humana, a través de la cual se han constituido y reconstituido las civilizaciones, conlleva diferentes situaciones de vulneración de derechos, máxime al tratarse de NNA.

A los NNA migrantes debe reconocérseles los mismos derechos y garantías que a los niños nacionales, en virtud del principio de igualdad y el principio de no discriminación contenido en las diferentes normas de protección a la infancia y adolescencia.

Los Estados y la comunidad internacional en general deben orientar sus sistemas e instrumentos jurídicos a la luz del interés superior como principio, derecho y norma de procedimiento, tratándose de los NNA como titulares y sujetos de derechos.

Para el caso de NNA migrantes no acompañados en territorio colombiano se requiere de la asignación de un representante legal, que deberá ser la autoridad administrativa competente en materia de restablecimiento de derechos, dependiendo el contexto territorial donde se encuentre el menor de edad.

En este escrito se hizo visible que los NNA refugiados en el Estado colombiano se ubican en limbo jurídico al no poder ser retornados al Estado origen en virtud del principio de no devolución como garantía de protección internacional. A la vez que, desde el punto de vista jurídico al ser extranjeros sin acompañamiento en PARD no pueden ser sujetos de declaratoria de adoptabilidad, por respeto a su fuero de nacionalidad.

En ese contexto los NNA que se encuentran bajo protección de ICBF y respecto de los cuales no se logra la reunificación familiar por falta de información o de familia garante de derechos se sujetan a la indefinición de su situación jurídica.

Para finalizar, se resalta la modificación al CIA por la Ley 1878 de 2018 y más adelante por el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019 con el propósito de limitar los términos del PARD y encausar

diligentemente las actuaciones administrativas. Sin embargo, el espíritu de la Ley 1878 de 2018 se ve truncado por el artículo 208 porque permite extender los términos y no precisar la definición de la situación jurídica.

Referencias Bibliográficas

- Banco Mundial. (02 de Noviembre de 2018). *Migración desde Venezuela a Colombia: impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo*. Obtenido de Archivo de Video: <https://www.bancomundial.org/es/events/2018/10/25/migracion-desde-venezuela-a-colombia>
- Ceriani Cernadas, P. (2012). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la frontera México - Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez*. Universidad Nacional de Lanús - Centro de Derechos Humanos. Buenos Aires, Argentina: FORD FOUNDATION.
- Circular Conjunta No. 01. (27 de abril de 2017). Migración Colombia & Ministerios de Educación. Alcance a la circular No. 07 del 2 de febrero de 2016 (orientación para la atención de la población en edad escolar proveniente de Venezuela).. Bogotá, D.C., Colombia. Obtenido de: http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/cconj_men_1_17.pdf
- Circular Conjunta No. 16. (10 de abril de 2018). Migración Colombia & Ministerios de Educación. Instrucciones para la atención de niños, niñas y adolescentes procedentes de Venezuela en los establecimientos educativos colombianos. Bogotá, D.C., Colombia. Obtenido de: https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-368675_recurso_1.pdf
- Constitución Política de la República de Colombia. (13 de junio de 1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. (28 de julio de 1951). Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Ginebra, Suiza. Referencia: Resolución 429 (V). Obtenido de: <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo del pobre*. Barcelona: Paidós. Barcelona: Paidós.
- Crenshaw, K. (13 de febrero de 2019). *¿Qué es "interseccionalidad"?* Obtenido de Archivo de video: <https://www.youtube.com/watch?v=hBaIhlmM3ow>
- De Sousa Santos, B. (27 de julio de 2010). *Epistemología del sur (Parte 1)*. Obtenido de Archivo de video: <https://www.youtube.com/watch?v=GaAh7B12Nd8>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). *Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*. París, Francia. Referencia: Resolución 217 A (III).
- Decreto 1067. (26 de mayo de 2015). Ministerio de Relaciones Exteriores. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015. Obtenido de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1067_2015.htm
- García Amado, J. (2004). La interpretación constitucional. *Revista jurídica de Castilla y León*(2), 35-72. Obtenido de <https://bit.ly/3F0M94j>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: McGRAW-HILL / Interamericana Editores, S.A. DE C.V.
- Herrera Escribano, R. (2015). La protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes inmigrantes centroamericanos no acompañados y separados. *Revista IIDH*, 61, 88-104. Obtenido de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34218.pdf>.
- Hidalgo Hernández, V. (2017). *Cultura, Multiculturalidad, Interculturalidad y Transculturalidad: Evolución de un Término*. México D.F., México: UDGVirtual. Obtenido de: <http://pedagogia.fcep.urv.cat/revistaut/revistes/juny05/article04.pdf>.
- Lara Minda, W. O. (2018). Análisis comparativo del índice de sen y del índice de gini utilizado por el

- estado ecuatoriano como indicador de condición de vida (*Tesis de pregrado*). Repositorio Digital. Ibarra, Ecuador: Universidad Técnica del Norte. Obtenido de: <http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/8713>.
- Ley 1098. (8 de noviembre de 2006). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Ley 1482. (30 de noviembre de 2011). Congreso de la República. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.270 de 1 de diciembre de 2011. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1482_2011.html
- Ley 1878. (9 de enero de 2018). Congreso de la República. 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. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 50.471 de 9 de enero de 2018. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1878_2018.html
- Ley 1955. (25 de mayo de 2019). Congreso de la República. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (10 de diciembre de 2007). La asamblea nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Venezuela. Referencia: G.O. (5.859 Extraordinaria) 10/12/2007. Obtenido de: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_ley_org_prot_ninos_adolc.pdf
- Maldonado Valera, C., Martínez Pizarro, J., & Martínez, R. (2018). *Una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas*. CEPAL. Santiago de Chile, Chile. Obtenido de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44021/1/S1800613_es.pdf: CEPAL.
- Martínez, J., & Orrego, C. (2016). *Nuevas tendencias y dinámicas migratorias en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, Chile: Naciones Unidas.
- Michael, S. O., & Thompson, M. D. (1995). Multiculturalism in higher education: transcending the familiar zone". *Journal of higher education management. Journal for Higher Education Management*, 11(1), 31-48.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2020). *Cuestionario Relator Especial sobre los derechos de los Migrantes "El fin de la detención migratoria de niñas, niños y adolescentes y su adecuada acogida y cuidado"*. Bogotá D.C., Colombia: Unidad Administrativa Especial Migración Colombia - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Obtenido de <https://bit.ly/2YrxNub>
- Organización Internacional para las Migraciones. (6 de octubre de 2017). *Migración e Igualdad de Género en la Agenda 2030, Desafíos para la Acción*. ONU Migración. Obtenido de: <https://www.iom.int/es/speeches-and-talks/migracion-e-igualdad-de-genero-en-la-agenda-2030-desafios-para-la-accion>
- Organización Internacional para las Migraciones. (2015). *Marco legal para la protección integral de niños, niñas y adolescentes migrantes en Colombia* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia. Migración Colombia. Obtenido de: http://migracion.iniciativa2025alc.org/download/05COF_MarcoLegal_NNA_Migrantes.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones. (2020). *Dtm con enfoque de niños, niñas y adolescentes refugiados y migrantes con alta permanencia o situación de vida*. Bogotá d.c., colombia: organismo de las naciones unidas para la migración. Obtenido de: <https://data2.unhcr.org/es/documents/details/85847>
- Organización Internacional para las Migraciones. (2020). *Glosario de la OIM sobre Migración*. Ginebra, Suiza. OIM MIGRACIÓN. Obtenido de: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>
- Opinión Consultiva OC-21. (19 de agosto de 2014). Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos*

- y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. San José, Costa Rica. Obtenido de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9758.pdf?view=1>
- Organización de la Naciones Unidas. (06 de diciembre de 2019). Sin fronteras: teniendo puentes contra la xenofobia. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Obtenido de: <https://nacionesunidas.org.co/noticias/sin-fronteras-tendiendo-puentes-contra-la-xenofobia/>
- Pastor Beneyto, R. (2017). *La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos sobre el principio de no devolución (Master en Abogacía)*. Alicante, España: Universidad de Alicante.
- Pavez Soto, I. (2010). Los derechos de las niñas y niños peruanos en Chile: La infancia como un nuevo actor migratorio. *Revista Enfoques*, 8(12), 27-51. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=96014701003>. Obtenido de <http://revistaenfoques.cl/index.php/revista-uno/article/view/151/129>
- Política Nacional de Infancia y adolescencia. (18 de junio de 2018). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Bogotá D.C., Colombia: Gobierno de Colombia. Obtenido de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/politica_nacional_de_infancia_y_adolescencia.pdf
- Protocolo de New York sobre el Estatuto de los Refugiados. (31 de enero de 1967). Asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas. Nueva York, EEUU. Referencia: Resolución 2198 (XXI). Obtenido de: <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>
- Resolución 11199. (2 de diciembre de 2019). Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. *Por la cual se reglamenta el mecanismo para dar el aval de ampliación del término de seguimiento de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos (PARD)*. Bogotá D.C., Colombia. Diario oficial No. 51.157 de 4 de diciembre de 2019. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_11199_2019.htm
- Salazar Jaramillo, M. (2008). *Migración juvenil forzada ¿dónde se habita? (Tesis - Magister en Hábitat)*. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Sentencia C-416. (2 de julio de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. *María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente D-9956. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-416-14.htm>
- Sentencia T-141. (27 de marzo de 2015). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. *María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-4575438. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-141-15.htm>
- Serrano, C., & Pérez, S. (2005). *Consejos de Protección del Niño y del Adolescente*. . Carácas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas.
- Torres Vásquez, H., & Huertas Díaz, Ó. (2011). La violación de derechos humanos de los inmigrantes colombianos en España. *Nova et Vetera*, 20(64), 165-178.