

**DERECHOS DE LOS NIÑOS NACIDOS EN COLOMBIA DE PADRES  
EXTRANJEROS EN CONDICION IRREGULAR.**

José Abedul Gómez  
Edgar Cuesta Mosquera

Trabajo de Grado para optar al título de Abogado

Prof. Hernando Salcedo Gutiérrez  
Asesor

Universidad  
Autónoma Latinoamericana-UNAULA

Medellín, septiembre de 2018

## **Nota de Aceptación**

---

---

---

---

Evaluador

Medellín, Antioquia, septiembre de 2018

## **Dedicatoria**

A nuestras madres, fuentes de inspiración y guía de nuestras vidas.

## **AGRADECIMIENTOS**

Los más sinceros agradecimientos:

A nuestros docentes Hernando Salcedo Gutiérrez, Bibiana Catalina Cano y Juan Gelasio, por ser pilares en nuestra incipiente vida académica, ejemplos de dedicación y persistencia para la realización de este trabajo

## Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	9
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	15
Los menores hijos de padres extranjeros en condición irregular: un problema jurídico. ....	15
<b>CAPÍTULO 2.</b> En torno al interés superior del menor .....	26
<b>CAPÍTULO 3.</b> Hacia una conceptualización radical de la ciudadanía.....	40
3.1. Sobre la dignidad humana como fundamento de los derechos.....	48
3.2. La noción de dignidad humana.....	49
Conclusiones.....	54
Bibliografía.....	57

Un niño es en primer lugar, y por encima de todo, un niño. Este es el punto de partida de toda discusión acerca de los niños en situación irregular. El estatus del niño es secundario e incluso cabría decir que irrelevante<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Consejo de Europa, UndocumentedMigrantChildren in an Irregular Situation: a Real Cause forConcern, Comité de Migración, Refugiados y Población del Consejo de Europa, Doc.12718, Estrasburgo, 16 de septiembre de 2011, p. 5. Disponible en: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc11/EDOC12718.pdf>

## **DERECHOS DE LOS NIÑOS NACIDOS EN COLOMBIA DE PADRES EXTRANJEROS EN CONDICION IRREGULAR.**

### **RESUMEN.**

El presente trabajo monográfico tiene como objeto analizar las condiciones socio-jurídicas en que se encuentran una de las tantas poblaciones migrantes que existen en la actualidad: los migrantes ilegales en Colombia que han tenido hijos(as). Como se recordará, nuestra legislación contempla que los hijos de extranjeros pueden adoptar la nacionalidad colombiana si alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento. La norma para personas latinoamericanas y del caribe exige “Estar domiciliados en Colombia por un término de un (1) año continuo inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud”. Pues bien, la población objeto de nuestro interés no cumple estos requisitos, pues se vinieron como ilegales y como ilegales se encuentran en el país, por tanto ¿en qué condición están sus hijos? ¿Desde acabados de nacer ya son ilegales? ¿Qué posibilidades tienen esos infantes de ser ciudadanos en un futuro y que lleven una vida digna? ¿Son formalismos jurídicos los que le impiden acceder a la nacionalidad? ¿Debe el Estado traspasar las barreras formales que entorpecen el acceso a la categoría de nacional para estos menores? Nuestra posición es que los derechos de los niños y niñas están por encima de todas las legislaciones, y que se requiere de una concepción de derechos mucho más fuerte para poder concebir esto así. A su vez, se requiere repensar la noción de Democracia y de Ciudadanía y asumir de una buena vez la Dignidad Humana como categoría fundante de todas estas nociones.

**Palabras claves:** Derechos del menor, extranjeros ilegales, ciudadanía, nacionalidad, vida digna.

### **ABSTRACT**

The purpose of this monographic work is to analyze the socio-legal conditions in which one of the many migrant populations that exist today is found: illegal migrants in Colombia who have had children. As will be remembered, our legislation provides that children of foreigners can adopt Colombian nationality if one of their parents is domiciled in the Republic at the time of birth. The norm for Latin American and Caribbean people requires "To be domiciled in Colombia for a term of one (1) continuous year immediately preceding the date of presentation of

the application". Well, the population of our interest does not meet these requirements, because they came as illegal and as illegal are in the country, so in what condition are your children? Since birth are already illegal? What possibilities do these infants have of being citizens in the future and leading a dignified life? Are legal formalities those that prevent you from acceding to the nationality? Should the State go beyond the formal barriers that impede access to the category of national for these minors? Our position is that the rights of children are above all legislations, and that a much stronger conception of rights is required to be able to conceive this as well. At the same time, it is necessary to rethink the notion of Democracy and Citizenship and to assume once and for all the dignity as a founding category of all such notions.

**Keywords:** Rights of the minor, ilegal foreign, citizenship, nationality, dignified life



## INTRODUCCIÓN

Una de las formas de ver la historia de la humanidad es a través de las luchas que han existido entre quienes detentan el poder y se han dado el derecho de oprimir a los grupos menos favorecidos, y estos últimos tratando de impedirlo y clamando por la reivindicación de sus derechos. Así, entre exigencias y cesión de derechos, los pueblos y personas han ido poco a poco mejorando sus condiciones de vida.

En la cultura Occidental, con la llegada de la Modernidad y su promesa de progreso a través de la racionalidad científica, aunada a las ideas liberales y democráticas, fácilmente se concluyó que ahora sí podríamos alcanzar una forma de vida en la que todas las personas y todos los pueblos podrían alcanzar su ideal de *vida buena*. Sin embargo, con dos décadas ya del siglo XXI, cada día se ve más lejos ese ideal. Las noticias muestran todos los días como inmensos grupos de personas son tratados como cosas por el solo hecho de salir de su territorio e intentar llegar a países donde suponen podrían tener mejores condiciones de vida. Europa, que fue de los primeros continentes en promover la globalización, el libre mercado, y el paso por su territorio sin necesidad de Visas; que fue de los primeros continentes que impulsó a su gente a salir en masa desde los siglos XV y XVI a invadir terrenos y colonizar pueblos, para poder lograr su concepción de *vida buena*, hoy niega el paso a los africanos que quieren llegar a su territorio para lograr una mejor vida.

Ahora bien, el asunto se torna más polémico y triste, si notamos que en estos grandes flujos migratorios que caracterizan a la especie humana, hay una población que sufre todas las consecuencias, de todo lo que salga mal en ese proceso migratorio: los niños y niñas. Como menores, salen obligados con sus padres o adultos responsables a cambiar de lugar de vivienda. Como tutelados, ellos no opinan, no les preguntan si quieren irse, o no. Salen en masa, y todo lo que los adultos hagan mal, ellos lo sufrirán con más intensidad.

En Colombia, en la última década, hemos notado como nos estamos convirtiendo en lugar de paso para muchos migrantes que buscan llegar a Estados Unidos o Europa. Así, el Urabá chocoano y antioqueño se ha visto invadido por cubanos, chinos, haitianos que, ilegalmente, quieren llegar a esos destinos a través de los múltiples riachuelos que a escondidas, llevan al mar. Las noticias muestran cómo los niños y niñas de tales migrantes, sufren los estragos de tales viajes, pues los peligros van desde el zozobrar de las pequeñas embarcaciones, hasta el ser arrojados al mar por los guías en quienes habían confiado y pagado grandes sumas de dinero. En el mismo sentido, la fuerte oleada de venezolanos que está llegando al territorio colombiano de manera ilegal, hace que la población infantil pase a engrosar las filas de niños y niñas que todos los días venden confites y chucherías en todas las esquinas y parques de nuestras ciudades.

Sin embargo, en lo que a este trabajo compete, la vista la hemos fijado más exactamente en una situación muy particular: si bien las migraciones son corrientes, y también reconocemos que mucha de la migración en el mundo es ilegal, no escapando Colombia a ello, qué pasa jurídica, moral y socialmente con los niños de hijos de inmigrantes ilegales que nacen en Colombia. En otras palabras: qué está pasando con estos niños y niñas que, por la condición de sus padres, no son nacionales colombianos, pues nuestra legislación afirma que se es colombiano si se es hijo de colombianos, o por adopción cuando siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento. La norma para personas latinoamericanas y del caribe exige “Estar domiciliados en Colombia por un término de un (1) año continuo inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud”. En síntesis, la población por la que preguntamos no tiene este requisito, y su hijo(a) nació aquí. ¿Cómo concebir a este menor? ¿Son formalismos jurídicos los que le impiden acceder a la nacionalidad? ¿Debe el Estado traspasar las barreras formales que entorpecen el acceso a la categoría de nacional para estos menores?

En estos términos, y luego de múltiples discusiones con los asesores y expertos que la universidad nos propuso para guiar el trabajo, acordamos que la

pregunta que debía dirigir la investigación debía ser: ¿cómo repensar algunas herramientas jurídicas, filosóficas y políticas que permitan abogar por los derechos de los niños y niñas nacidos en Colombia de padres en condición de extranjeros ilegales?

Como podrá notarse, esta investigación se justifica desde múltiples puntos de vista: Una de las razones es porque efectivamente se presenta la vulneración a los derechos de los menores que nacieron en el país, frutos de padres que se encuentran en condición de irregularidad. Si logramos mostrar algunas salidas socio-jurídicas a esta población tan vulnerable, estamos aportando a la solución de uno de los problemas más álgidos del momento en el mundo. Así, esta investigación podría enseñar a los padres de estos menores la información necesaria para que puedan exigirle a las autoridades a través de las leyes y los tratados firmados por Colombia, un amparo para que sus hijos puedan acceder a una vida digna. Por lo tanto, esta información busca dar una orientación a aquellas personas que se encuentren en Colombia y puedan enfrentarse a esta realidad jurídica que pone en riesgo la vida y la integridad de cientos de menores de edad, mediante los recursos necesarios para que hagan valer sus derechos y puedan beneficiarse.

Además de lo antes expuesto, también se espera generar en el lector de esta investigación, su opinión personal frente a las realidades que viven los extranjeros indocumentados en Colombia, su angustia frente al destino que tienen sus hijos, porque no pueden o no tienen la capacidad de enfrentar un sistema, ya que contemplan las consecuencias que sufren al intentar dicha odisea. Estamos seguros, que estas investigaciones pueden ayudarlos a que ellos se sientan como un colombiano más, con derechos y deberes y puedan vivir dignamente en Colombia bajo condiciones de igualdad y equidad.

Los aportes que esta investigación dará a la sociedad y a la academia son invaluable, porque permite a las comunidades tomar medidas frente a esas personas y rescatarlas del anonimato que las cobija. Los académicos tendrán un

nuevo norte donde enfocar sus conocimientos y las soluciones o posibles soluciones que pueden ser útiles para la sociedad. Sobre todo, porque en esta investigación estamos incursionando en nuevas propuestas teóricas, como las de la democracia radical, o la ciudadanía planetaria, únicas salidas que vemos a la adopción total de derechos para todos.

Luego de acordar pregunta y discutir la justificación con nuestros asesores, fue relativamente sencillo estructurar un objetivo general que fijara los límites del trabajo, por lo que se acordó el siguiente: Analizar, a través de un ejercicio hermenéutico, algunas herramientas jurídicas, filosóficas y políticas que permitan la defensa de los derechos de los niños y niñas nacidos en Colombia de padres en condición de extranjeros ilegales.

Esto permitió plantear algunos objetivos específicos, que quedaron como sigue:

- Contextualizar la condición de los niños y niñas nacidos en Colombia hijos de inmigrantes ilegales.
- Describir las formas de obtención de la nacionalidad en Colombia
- Caracterizar la legislación que defiende los derechos de los menores.
- Analizar las nociones de *nacionalidad*, *ciudadanía* y *vida digna* como motor de la defensa de derechos.

Una pregunta y objetivo de tal tipo, no podía ser abordada desde una metodología científica de cualquier tipo, por lo que desde un principio fuimos conscientes que nuestro camino debía estar iluminado por la hermenéutica. Se trata de un intento de interpretar una situación socio-cultural, a la luz de unos textos. Así, lo que buscamos es dar sentido, en este caso, *un sentido*. Como bien lo expresa Gadamer, citado por Salcedo (2006, p.2),

El sentido no acaba nunca; se reorganiza una y otra vez; se vuelve a tejer de distinto modo. Todo ello en virtud de la movilidad de

la distancia temporal, que la conciencia asume, aunque no para reducirla, sino sólo como la demora irremisible de su "plenitud". Así, dar sentido, comprender en su sentido más general, implica reconocer que nuestras preopiniones determinan nuestra comprensión. Comprender implica proyectar mantos de sentido, fundados en nuestras preopiniones, sobre aquello que procuramos comprender.

El análisis hermenéutico como posibilidad metodológica, se enmarca en el paradigma interpretativo-comprensivo, lo que implica que ante todo se tienen en cuenta los elementos provenientes del sujeto, por encima de aquellos hechos externos a él. La hermenéutica trabaja con lo que dice y hacen las personas, con el lenguaje. De allí que podamos afirmar, que dicho análisis toma como eje fundamental el proceso de interpretación. Siguiendo con Salcedo (2006, p.4), dicha interpretación asume como fuentes los datos textuales, lo que no implica quedarse sólo con el texto y en él; implica que es una interpretación que exige de la voluntad del sujeto que intenta conocer, para trascender las *fronteras* del texto a interpretar. En este sentido, el proceso de análisis hermenéutico se encuentra siempre abierto, como producto de la actividad re-interpretativa de la que es fruto. Así, la re-interpretación no es únicamente referencia al texto: ante todo es una interpretación de la interpretación que hace el autor respecto a un caso dado.

La técnica que empleamos para recolectar la información, fue el fichaje de texto. Como lo afirma Salcedo (2006), el fichaje es una técnica para recolectar información que consiste en registrar de manera sintética, o textual, los datos provenientes de la literatura científica consultada, la que luego sometimos a análisis e interpretación y permitió postular algunas conclusiones para entender el fenómeno estudiado.

El trabajo será expuesto en tres capítulos, desde los que esperamos dar cuenta de nuestra intención. En un primer momento titulado *Los menores hijos de padres extranjeros en condición irregular: un problema jurídico*, esperamos

mostrar cómo está la situación global y nacional de estos menores. A su vez, mostramos qué implica ser un nacional, tener una nacionalidad en Colombia, y los inconvenientes que tendríamos si no lo somos.

En un segundo capítulo bosquejamos la legislación universal y nacional, así como la jurisprudencia que ratifican el interés superior que tiene el menor, ante cualquier eventualidad que vivan los padres. Esperamos mostrar aquí que la normatividad internacional y nacional, si bien asumen que hay una ilegalidad en estar indocumentado en Colombia, ello no da pie para desconocer los derechos de los menores.

En un tercer capítulo, mostramos la resignificación que se le está dando en el mundo a la categoría de ciudadanía, esta vez des-anclada de la nacionalidad, y cómo esta nueva categoría, aunada a la de democracia radical, pueden abrirnos las puertas para reforzar con más argumentos la situación de irregulares que tienen muchos hijos de inmigrantes, también irregulares. Si a ello le aunamos la categoría de Dignidad humana, como el fundamento de los derechos, creemos que tenemos una mirada nueva a la situación problemática que enfrentamos.

Esperamos con ello llenar las expectativas de los docentes que tanto esfuerzo han hecho para que nosotros tomemos el derecho como una actividad reflexiva, y no solo de recitación de normas.

## CAPÍTULO 1.

### LOS MENORES HIJOS DE PADRES EXTRANJEROS EN CONDICIÓN IRREGULAR: UN PROBLEMA JURÍDICO.

Ha sido frecuente a lo largo de la historia de la humanidad que grandes caudales de migrantes se muevan por el mundo. En los últimos años, por ejemplo, inmensas masas de seres humanos salen de África hacia Europa huyendo de conflictos bélicos, o simplemente buscando nuevas opciones de vida. Como lo afirma Castle (2014, p.236), datos provistos por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Organización de las Naciones Unidas (UNDESA) indican “que hubo 214 millones de migrantes internacionales en todo el mundo durante el año 2010. Esta cifra se compara con sólo 156 millones de migrantes en 1990”.

Este tipo de movimientos migratorios no serían problemáticos si no llevaran conexos una serie de inconvenientes para las personas migrantes y para el país que los acoge. Si grandes masas de ciudadanos de otro país llegan a un lugar, podrían perfectamente desestabilizar la economía del lugar que los cobija; el empleo por ejemplo, se afecta pues se ofrecen como mano de obra barata. De allí que este tipo de movimientos de personas sea controlado por los Estados y naciones. De modo que también ha sido frecuente que los inmigrantes se hayan considerado una grave amenaza a la seguridad del Estado y a la identidad nacional (Cohen, 1994), por lo que estas naciones implementan estrategias restrictivas a la inmigración llegando incluso a proponer fuertes reducciones a sus libertades civiles. Criado (2008, p.5) llega incluso a afirmar que lo más peligroso de este tipo de posiciones es que han logrado afectar “al estricto nexo que une el estatus ciudadano y la dotación de derechos y que subordina el disfrute cabal de las prerrogativas anejas a la condición de *miembro*”. El migrante no es miembro de esa sociedad, por tanto, no tendrá todos los derechos de los nacionales.

Si bien en el mundo se tiene claro que los migrantes tienen derechos, y que desde la propuesta de la universalidad de los derechos humanos, lo fundamental debe ser éste como persona y no como ente político, o ciudadano, lo cierto es que esto es mera teoría. A su vez, la ONU en su *convención internacional sobre los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares*, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1990 (resolución 45/158) y que entró en vigor en julio de 2003, hace un reconocimiento explícito de los derechos de esta población. Lo paradójico, como lo muestra Criado (2008, p.20), es que “entre sus firmantes –31 hasta abril de 2008– no está ninguno de los principales receptores de inmigración”. Es decir, que los países que más reciben inmigrantes se niegan a firmar una declaración que reconoce los derechos de estas personas.

Ahora bien, es paradójico, que el nuevo mundo global que hemos inventado y que defienden con ahínco la totalidad de los países occidentales, suponga que lo universalizable deban ser las cosas y no las personas. Así, el intercambio mercantil en el orbe, es asunto de todos los días. Si bien se firman convenios y se ponen restricciones y requisitos, los acuerdos de este tipo pululan por todas partes. Sin embargo, a la hora de la movilidad y el intercambio de personas en distintos territorios, aparecen cientos de restricciones. Hoy más que nunca se estimula la migración, pero hoy más que nunca las políticas migratorias le ponen zancadillas a un tipo de migrante. No todos los migrantes son rechazados: aquellos pobres indocumentados que viajan de manera ilegal para cambiar de estilo de vida, son tratados como cosas en todo el mundo. Como bien lo ha mostrado la CEPAL (2002), la fuerte ola migratoria lo que muestra es que las medidas extremas no disuaden al que quiere ir en busca de sus sueños. Por el contrario, estas restricciones lo que hacen es crear escenarios perversos de vulneración de derechos. La experiencia ha mostrado que cuando se endurecen las medidas de control migratorio, los migrantes inventan estrategias para llegar o quedarse en los lugares deseados. El resultado de tales medidas policivas lo que ha hecho es propagar las ideas y actitudes racistas y xenófobas, incrementar el



tráfico y venta de personas, así como enriquecer las redes delictivas que convirtieron en negocio la realidad de la migración.

Esta problemática se complica y se hace más grave cuando estos movimientos de masas se hacen de manera irregular, es decir, cuando los viajeros no cumplen los requisitos legales para estar en el país donde llegan. En este caso, se requiere de un enorme esfuerzo del país que los acoge, para legalizarlos y hacerlos parte de la cadena productiva del país. Sin embargo, lo más notorio es que continúen como ilegales, teniendo que vender su fuerza de trabajo de manera ilegal, para poder sobrevivir, y quedando despojados de casi todos los derechos que como ciudadanos podrían tener. Su educación, salud, vivienda digna, seguramente solo será un sueño para continuar viviendo. Pero lo más grave: si llegan a tener hijos en el país que los cobija, estos inician su vida, también en el mundo de la ilegalidad.

En este orden de ideas, es notoria la fuerte oleada de extranjeros que están llegando a Colombia provenientes de Cuba, Venezuela, China, Haití, Bangladés, Tanzania, Bolivia, República del Congo, Nepal, India etc. Son cientos de ciudadanos que llegan a diario, por ejemplo, de Venezuela, por la fuerte crisis socio-política que vive el hermano país. Según datos que proporciona la Revista Semana (2018,) “Migración Colombia informó en su más reciente informe que en diciembre de 2017 habían 550 mil ciudadanos que se encontraban en el territorio colombiano, una cifra que representaba un 62% más de inmigrantes respecto a mediados de 2017”. Sin embargo, cifras extraoficiales calculan en 1.2 millones la cantidad de venezolanos en Colombia. Ello ha conducido a que el Estado colombiano invierta grandes sumas de dinero, para poder ofrecer ayuda humanitaria a estos inmigrantes, asunto que solo se convierte en un paño de agua tibia, pues nuestro país no puede llenar las expectativas que traen estos extranjeros.

Así, esta fuerte oleada de inmigrantes viven en situación precaria, durmiendo en la calle, soportando enfermedades y ganándose la vida de cientos

de maneras informales, pues la gran mayoría de ellos entraron al país de forma ilegal. Al no tener un status de refugiados, ni el de inmigrante con documentos al día, se ven envueltos en una cadena de desfavorecimientos, que hacen su vida cada día más miserable. Y el asunto se complica si tienen hijos que alimentar, teniendo que recurrir a la mendicidad, como se ve a diario en las calles de casi todo el país. Y más grave se hace la situación, si llegan a tener hijos en el territorio colombiano: como ilegales estos recién nacidos no tienen los mismos derechos que los nacionales, pues si bien nacieron en nuestro territorio, no son colombianos por ser hijos de padres extranjeros que no pueden certificar “domicilio” en Colombia al momento de este nacimiento. Al vivir ilegalmente en nuestro territorio, no pueden certificar tal condición, por lo que sus hijos nacen con una gran desventaja en relación a los nacionales colombianos. De manera que estos menores se encuentran en el huracán de esta problemática, pues al no contar con el registro de su nacimiento, se dificulta acceder a un documento de identidad, pues el Registro de su nacimiento deja la anotación de que son hijos de padres extranjeros ilegales, y que se les exige regularizarse.

Sin embargo, en todo el mundo se reconoce el status del menor, como una condición para recibir ayuda. Los menores deben ser objeto de toda nuestra atención, de todo nuestro cuidado, independientemente del status de sus padres. Pero esta retórica de derechos se queda corta a la hora de llevarla a la práctica, pues estos niños siguen siendo tan irregulares como sus padres, viéndose abocados a vivir de algunas limosnas que el Estado o ciertos ciudadanos les dan. Migración Colombia, por ejemplo, les dice que deben regularizar su situación si quieren acceder a las ayudas del Estado, pero esa misma regularización se les complica a los extranjeros por su situación económica, convirtiéndose esta situación en un círculo vicioso que no permite enfrentar esta problemática con éxito. De modo que es válido decir, que en Colombia se está violando flagrantemente la convención de los derechos de los menores, como son: la violación al derecho a la nacionalidad, ya que esta permite acceder a otros derechos que se le deben garantizar a un menor.

Por otro lado, nuestra constitución colombiana establece en el artículo primero que Colombia es un Estado social de derecho, lo que implica que debemos regirnos por una serie de principios y valores democráticos, participativos, que reivindican el interés general sobre el particular, y que nos obligan a tratar igual a todas las personas, sin discriminación de ningún tipo. Es deber del Estado ponerse al servicio de los integrantes de nuestra sociedad, en un marco normativo que respete los derechos y libertades de todos. Es la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales lo que fundamenta las políticas en Colombia. De lo que se trata en este tipo de Estados es de promover el bienestar de las personas, donde todos podamos contar con buenos servicios de salud, educación, alimentación, trabajo, y no se nos restrinja arbitrariamente la participación en las esferas que lo requieran. La vida digna es el motor de un estado social de derecho.

Así que es válido preguntarnos si, desde los postulados del estado social de derecho, el Estado, al calificar de ilegales a los menores, dejándolos en igual estatus que el de sus padres, está dejando de cumplir tales fines. Al concluir que el niño hijo de inmigrantes irregulares, es ya también un irregular y, por tanto, no lo cobijan todos los derechos que como persona y menor podría tener, se desdibuja así el ideal de *Estado Social de Derecho*.

Esta preocupante situación compromete cada vez más la vida digna del menor. Se hace tan vulnerable que difícilmente podría tener una vida, y mucho menos que esta sea la vida que sus padres pensaron para él cuando salieron de su país de origen. Diversos informes de investigación resaltan la particular situación de estos menores. Petit (2002, p.8), por ejemplo, confirma que:

El aumento de la vulnerabilidad de los niños es un concepto frecuente en documentos de análisis de ciertas coyunturas sociales. Más directamente, significa que el niño se ve enfrentado a un contexto que altera severamente las posibilidades de desarrollo de todas sus potencialidades, y lo expone a situaciones que pueden

llegar a dañarlo gravemente. Estas situaciones son el abandono familiar, la explotación laboral o sexual, su alejamiento de las instituciones educativas o involucrarse con grupos de riesgo que lo empujen en un espiral de daños cada vez mayores.

No podemos desconocer el fuerte incremento de los casos de trata de niños y de mujeres en Colombia. Datos obtenidos de la Revista Semana (2018) informan que hay una relación directa entre ello, y la fuerte ola de inmigrantes en Colombia. Cuando las personas empiezan a vivir circunstancias tan deprimentes pueden terminar avalando estrategias de supervivencia también deprimentes, como la prostitución, y existen suficientes datos para pensar que llegan incluso a desproteger al menor convirtiéndolo en carne de cañón para trabajos inadecuados y explotación sexual.

Por todo ello, se hace urgente y necesario preguntarse por los derechos que tienen los menores hijos de padres migrantes que se encuentran en situación irregular en Colombia. Esta pregunta debe conducir a dilucidar por el fundamento jurídico de tal status, pero sobre todo, a sopesar si los derechos de los menores no están por encima de cualquier legislación que niegue la posibilidad de que estos recién nacidos empiecen a gozar de todos los derechos de los ciudadanos nacionales. Todas estas apreciaciones problemáticas, deben conducirnos a reflexionar sobre una serie de teorías, categorías y conceptos que pueden dar luces sobre la pregunta que nos convoca en esta investigación. Así, las nociones de nacionalidad, ciudadanía y derechos de los menores, son prioritarias si queremos decir algo con sentido frente a esta situación.

## 1.1. Sobre la nacionalidad

Los niños refugiados sufren un doble riesgo. En primer lugar una negación de sus derechos humanos que los convierte en refugiados. Y como niños refugiados también suelen sufrir abusos al ser el grupo más vulnerable de una población de por sí vulnerable.

Dennis McNamara, ex-encargado de Protección Internacional de ACNUR.

La nacionalidad hace referencia a un vínculo jurídico y político entre quienes integran un pueblo, y un Estado, es decir, entre las personas y el Estado. La Corte Interamericana la define como “el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984; 1999). Es de aclarar, que cuando un Estado reconoce la nacionalidad, lo hace con fundamento en hechos reales, demostrables, en donde pueda apreciarse ese vínculo fuerte entre la persona y el Estado, y no con una mera formalidad. La nacionalidad se constituye así “en un atributo de la personalidad jurídica y un derecho fundamental” (Sentencia C-273, 1999; Sentencia C-832, 2006).

Como lo anotan Muñoz y Niño (2017, p.62),

La nacionalidad como figura del derecho hace parte del *ius cogens* derecho de los pueblos de regulación exclusiva de cada Estado, que se encuentra en el deber de proteger a sus nacionales y que se «estructura como derecho con los siguientes componentes: el derecho a adquirir una nacionalidad, a no ser privado de ella y a cambiarla» (Sentencia C-893, 2009) por lo que el Estado deberá

proteger al nacional para que no sea privado de su nacionalidad, pues de lo contrario «se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

En Colombia, de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución nacional, existen dos criterios para ostentar la nacionalidad colombiana: los colombianos por nacimiento y los que el país adopta como tales, o colombianos por adopción. Dicho artículo reza así:

“Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

a. Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento.

b. Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

2. Por adopción:

a. Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, que establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción.

b. Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley

y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron.

c. Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad, según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”.

## 1.2. Competencia en materia de nacionalidad Colombiana.

La Registraduría Nacional del Estado Civil es la autoridad designada en los temas relacionados con la nacionalidad colombiana por nacimiento. Según la Circular 023 del 7 de junio de 2004 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el certificado de nacionalidad será expedido solamente por la Dirección Nacional de Identificación. A su vez, el Presidente de la República de Colombia y, por delegación, el Ministro de Relaciones Exteriores, son las autoridades designadas frente a la nacionalidad colombiana por adopción.

Ahora bien, si un extranjero desea adoptar la nacionalidad colombiana, el Estado colombiano ha previsto que “Los ciudadanos latinoamericanos, del Caribe y españoles” hagan la solicitud ante las alcaldías de su domicilio o directamente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores; y los demás extranjeros, ante las gobernaciones de su domicilio o directamente ante el Ministerio de Relaciones

Exteriores (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2010, p.17). En estos casos, los requisitos son:

1. Para latinoamericanos y del Caribe por nacimiento:

- a. Estar domiciliados en Colombia por un término de un (1) año continuo inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud.

2. Para los españoles por nacimiento:

- a. Estar domiciliados en Colombia por un término de dos (2) años continuos inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

3. Para los extranjeros que no sean latinoamericanos, del Caribe o españoles:

- a. Estar domiciliados en Colombia por un término de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, o por dos (2) años, si el extranjero está casado(a) con un(a) nacional colombiano(a), o si es compañero(a) permanente de nacional colombiano(a), o si tiene hijos(as) colombianos(as).

Y dicho Ministerio es bien claro cuando subraya que “Para todos los casos anteriores, se entiende que un extranjero está domiciliado cuando tiene visa de residente, por lo cual el periodo de domicilio se cuenta a partir de la fecha en que se concedió dicha visa”.

Como podrá notarse, el asunto, aparentemente fácil de ser nacional o adoptar la nacionalidad colombiana, se empieza a complicar para muchos extranjeros cuando el Estado pone los límites que le permite la Ley, para adoptar



la nacionalidad. Así, para efectos de las personas a que nos referimos en esta investigación, los extranjeros que están en condición de irregularidad, es decir, que no entraron al país con los permisos y la documentación requerida, tienen serios problemas a la hora de exigir algún tipo de beneficio como inmigrantes. Y por supuesto, como un boomerang, ello lo transmiten a sus hijos nacidos en nuestro territorio.

La sentencia T-075/15 aclara de manera rotunda la potestad que tiene el Estado de poner ciertos límites a la adquisición de la nacionalidad colombiana. El hecho de exigir como requisito el domicilio, hace que muchos extranjeros, queden por fuera de esta posibilidad. En los términos de la Sentencia:

...Entendiendo por domicilio la residencia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional, de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil. Cuando se estudie el tema del domicilio, relacionado con la nacionalidad colombiana por nacimiento, es fundamental tomar en consideración que el concepto de domicilio debe ser definido y determinado, bajo los parámetros establecido en el Código Civil. La Sala advierte que resulta constitucional y legal exigir como requisito, para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, que al menos uno de los padres (extranjeros) se encuentre domiciliado en Colombia, al momento del nacimiento.

Es evidente, como podrá notarse, que el derecho a la nacionalidad es incuestionable. Es más, como lo anota Rodríguez (2011, p.82), “En la escena latinoamericana, el derecho a la nacionalidad es reconocido por la totalidad de los países. Dicho reconocimiento varía en cuanto al grado de flexibilidad o rigidez de los requisitos establecidos por cada Constitución”. Ello no es lo que está en juego, como tampoco lo es el que existan algunos criterios para conceder la nacionalidad a extranjeros. El asunto está en sopesar todo lo que se pierde una persona, por el solo hecho de no poder acceder a la nacionalidad, porque es extranjero irregular en un país. Si tomamos en cuenta que la cultura occidental

moderna nos dio la posibilidad de ser actores políticos en el mundo, es decir, ser ciudadanos, entonces es cuestionable que una condición de vida como nacer hijo de padres extranjeros ilegales en Colombia, impida a ese menor ser criado como ciudadano. Criarse en esas condiciones es aprender desde la más tierna infancia que hay personas de primera y segunda categoría, pero que hay otras que están tan excluidas, que no tienen ni siquiera la categoría de ser ciudadanos de un país donde no nacieron. En este sentido, es necesario detenerse un instante en las categorías *ciudadano* y *ciudadanía* y sopesar la situación de no acceder a tal derecho universal.

## Capítulo 2

### EN TORNO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En el mundo se cuenta con instrumentos jurídicos que buscan las garantías y protección de los derechos como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2000, siendo especialmente importante la Convención del 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo preámbulo se establece “(...) que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración”, lo que convoca a partir del Bloque de Constitucionalidad a darle un tratamiento especial a los menores hijos de padres en situación de irregularidad, en consonancia con el Artículo 44 de la Constitución, que en su inciso final contempla: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Tal y como refiere el artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño, se les debe reconocer derechos independiente de su origen, lo que en definitiva ratifica el interés superior del menor, con preponderancia de primer orden, de lo que permite deducir que la materialización de sus derechos no puede estar limitada o condicionada y que los lineamientos administrativos deben velar por dichas garantías, avizorando al menor como sujeto de pleno derecho, al margen de las condiciones de ilegalidad en las que se encuentran sus padres, ya que una postura diferente los pone en un estado de indefensión y vulnerabilidad.

La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como “un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de

todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño” (Cillero, 2007, p.130).

Es por ello que las acciones del Estado deben estar direccionadas a la materialización de los derechos del niño sin ninguna condición especial, como “un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos (...) desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.” (Cillero, 2007, p.129).

Las Naciones Unidas y el mundo han tratado el tema; son múltiples las medidas que buscan mitigar el flagelo de los menores en condición de irregulares; en Colombia está protegido a partir de la Constitución y los diferentes Códigos, además del bloque de constitucionalidad. Ejemplo de ello es la Ley 1588 del 19 de noviembre de 2012 “Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre el estatuto de los apátridas adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 y la Convención para reducir los casos de apátrida adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961”.

Desde el preámbulo, la Constitución Política refleja una inequívoca orientación hacia la participación en el escenario internacional y, de manera particular, la protección de la personas, haciendo énfasis en la integración en la comunidad latinoamericana del Caribe y del mundo. Esto se concreta: (i) en el segundo inciso del artículo 9º que establece que la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe y (ii) en el artículo 227 al establecer que el Estado promoverá la integración económica, social y política de manera especial con los países de América Latina y del Caribe, a tal punto que incluso autoriza la celebración de tratados encaminados a la creación de organismos supranacionales para conformar una comunidad latinoamericana de naciones.

Es por ello que analizar el fenómeno de la migración bajo la perspectiva del menor nacido en Colombia de padres en condición irregular, debe superar la

condición de ciudadano, ya que nos encontramos frente a categorías como la de los *derechos de las personas*, el *Estado Social de Derecho*, la *dignidad intrínseca de las personas*, de modo que ignorar todo esto es estar en contravía de los principios constitucionales. Cillero es claro cuando afirma que:

Los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático (Cillero, 2007, p.129).

Es precisamente la primacía de los derechos de los menores con planteamientos incluyentes, bajo presupuestos de valores y principios constitucionales, lo que posibilitaría darle una mirada diferente a la situación permitiendo repensar el concepto de Estado tal y como lo conocemos, abriendo el camino para concebir de esta forma la superioridad de los derechos humanos. Nieto García ratifica lo importante de tener una mirada amplia a la hora de revisar esta problemática, pero sobre todo, insiste en la mirada basada en Derechos para no re-victimizar a estas personas:

Las migraciones son un fenómeno muy complejo que no admite una visión única y sesgada en su análisis. Su abordaje tiene que partir de parámetros respetuosos con los derechos de las personas, con el Estado de Derecho y con el principio democrático, descartando planteamientos excluyentes, discriminatorios y autoritarios. El primer planteamiento apuesta por la compatibilidad de los valores democráticos con un desarrollo económico sostenible, mientras que el de la exclusión se basa en la vinculación de los derechos con la ciudadanía relativa a una idea de Estado/Nación, frente a la concepción universal de los derechos humanos. (Nieto, 2008, p.39-40).

La mayoría de los doctrinantes del derecho concuerdan en que los derechos humanos son universales y en que tienen su raíz en la consideración de la dignidad humana como fundamento de los mismos. “Esta tendencia se ha ido asentando en la comunidad internacional debido a las Declaraciones y Tratados Internacionales que han creado un cuerpo de doctrina fundamentado desde el punto de vista teórico sobre la universalidad de los derechos humanos (Nieto, 2008, p.42). Lo realmente significativo de las problemáticas causadas por las migraciones, es que nos están revelando qué tan fuerte es la cultura occidental, la misma cultura que ha promovido y defendido el discurso de los derechos. Son este tipo de problemáticas los que nos hacen notar si creemos en la dignidad humana o no, y si realmente creemos que los derechos de los menores están por encima de cualquier formalismo legal. No en vano Ferrajoli (2002) afirma que el tipo de globalización que implican las fuertes oleadas de migrantes se entenderán “bajo la enseña de la opresión y de la violencia o por el contrario de la democracia y de la igualdad” (Nieto, 2008, p.43). Es ahora, sostiene, cuando el universalismo normativo que ha propuesto la cultura occidental, se pone a prueba. Nieto cree interpretar bien a Ferrajoli cuando afirma que este último lo que nos está advirtiendo es que

En estos momentos la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad, sino el último factor de exclusión y discriminación que se contrapone con la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales, y propone tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia a una comunidad estatal determinada. Esta desvinculación de los derechos fundamentales de la ciudadanía significa, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a ese gran apartheid que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo... (Nieto, 2008, p43-44).

Hoy, ya no es sostenible la idea de un inmigrante considerado como persona de segunda, como un minusválido en derechos que viene a entorpecer la vida buena de los connacionales de un Estado. El ciudadano de segunda, el pobre ignorante, el que no es escuchado, son connotaciones premodernas que desdibujan las grandes propuestas de derechos, inclusión, dignidad humana, ciudadanía universal que han caracterizado a la cultura occidental. El inmigrante, legal o no, no es el enemigo. El enemigo es la idea de excluirlos.

Es por ello que es importante sobreponer el respeto de la dignidad de las personas, particularmente los menores, en primacía jurídica, frente a las decisiones y políticas migratorias que se tomen, y de esta forma evitar que las prácticas en materia de extranjería sean violatorias de los derechos humanos, específicamente en el caso de la discriminación de los menores por motivo del origen nacional. En términos de Cillero (2007 p.129): *“Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad”*.

En consonancia con el bloque de constitucionalidad al ser ratificada la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, al interior de nuestro sistema jurídico, esta proclama 10 principios, en los que resaltaremos *“La primacía del niño a la hora de recibir protección o socorro”* y la *“Protección frente a la discriminación racial, religiosa o de otra índole”*

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño –es decir, sus derechos– no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario (Cillero, 2007, p.138).

Por lo que en consonancia con el tratamiento especial que deben tener estos menores nacidos en Colombia e hijos de padres en situación irregular, es loable que las actuaciones de las autoridades sean orientadas para garantizar sus derechos. De lo contrario estamos frente a la doble vulnerabilidad de estos menores, ya que al encontrarse en condiciones de desfavorecimiento por su calidad de inmigrante indocumentado, puede ser, como lo anotan De la Fuente y Sotomayor (2009, 46), “*merecedores de una especial protección y tutela, sobre todo por parte de países con unos sistemas jurídicos e institucionales avanzados de salvaguardia hacia la figura del menor*”, esto de la mano de las normas internas y las ratificadas a partir del bloque de constitucionalidad.

Retomando el ámbito internacional, el interés superior del niño ha evolucionado: “(...) desde su embrionaria recepción en la Declaración de Ginebra (1924), pasando por su mención formal en la Declaración de los Derechos del Niño (1959), hasta llegar finalmente a su definitiva eclosión en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989” (Ravetllat y Pinochet. 2015, p.908).

La forma de verlos ha cambiado, al inicio eran vistos “como propiedad intrínseca de sus progenitores” (Ravetllat y Pinochet, 2015, p.911), en los que sus derechos estaban determinados por lo que sus padres quisieran darles hasta lograr ser vistos como “plenos ciudadanos, destinatarios de sus propios derechos (Ravetllat y Pinochet, 2015, p.911). De este modo, la directriz de la Convención en procura de garantizar los derechos reconocidos al niño, es que su articulado debe ser leído e interpretado a la luz

De cuatro valores fundamentales o principios rectores: el de igualdad, recogido en el artículo 2 de la Convención y formulado como de no discriminación; el del interés superior del niño, estipulado en el artículo 3 de la Convención; el del derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, contenido en el artículo 6 del propio texto internacional; y, finalmente, el



del respeto a la opinión de la persona menor de edad, desarrollado en el artículo 12 de la Convención. (Ravetllat y Pinochet, 2015, p.911)

El análisis jurisprudencial colombiano permite concluir que la dignidad humana es “*valor, principio y derecho fundamental*” (Corte Constitucional, C 143, 2015) y esta misma sentencia ratifica la dignidad humana como pilar categórico del Estado Social de Derecho y la democracia constitucional, de la triple naturaleza de la dignidad humana, como “*valor, principio y derecho fundamental*”. A su vez, nos encontramos con sentencias como la C 336 de 2008, de la Corte Constitucional, en la que refiere los deberes que se le imponen al Estado Social frente al reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento. Puntualiza además en las condiciones que permiten alcanzar el proyecto de vida que pueden ser materiales: “*(...) los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades*”, e inmateriales: “*(...) se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona*” que las debe garantizar el Estado.

De acuerdo con la sentencia C041 de 1994, y su aporte frente a los Convenios Internacionales consigna que su interpretación se da a partir de los derechos y deberes contenidos en la Constitución, pero que en materia de menores

(...) cabe anotar, que además de su función hermenéutica, las estipulaciones de los tratados y convenios suscritos por el país, como cabalmente ocurre en esta materia de los derechos del niño, tienen efecto normativo directo una vez han sido incorporados al derecho interno.

Por lo que la prevalencia de derechos del niño se encuentra respaldada en la Constitución debido a que “*como el niño no puede hacer que sus derechos*”, se

impongan cuando se enfrenten intereses que entren en conflicto, entonces primarán los intereses del menor, así “*La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans.*”

Los principios de protección especial y de superior interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se los dota de prevalencia "sobre los derechos de los demás" (Corte Constitucional, C 041, 1994).

Dejando la claridad en la necesidad de mantener el bienestar físico y espiritual del menor y con el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el cual no puede ser limitado ya que el menor tiene la condición de “*categoría de sujeto fundamental merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el estado.*”

La Corte Constitucional en la sentencia T-645 de 1996, enuncia frente al *Principio de Dignidad Humana*, que se “*exige un trato especial para el individuo*” y que “*en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico*”. Lo que implica que este principio se constituye en “*una carga de acción positiva frente a los derechos, más aún en relación con la vida, como desarrollo esencial de los valores, derechos y libertades individuales*”, significándose en la materialización del mismo a partir de la protección del individuo, de modo que “*el Estado debe colocar todos los medios económicos posibles para obtener la mejoría de los administrados*”.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-1259 de 2001 desarrolla el concepto de Nacionalidad, definiéndola como “*la relación existente entre un Estado y el elemento humano que lo integra*”. Pero lo importante aquí es que ratifica que no es admisible “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...”

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 aquellos se encuentren en condiciones de permanencia irregular.

Y en su intención de amparar a los menores, vuelve y ratifica la Corte Constitucional en sentencia T-450A de 2013, el interés superior del menor, como sujeto de especial protección constitucional, que sus derechos son de aplicación inmediata y además reitera “*que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás*” (artículo 44), y que por tanto “*es deber de la familia, la sociedad y el Estado asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el goce pleno de sus derechos*”.

Y a nuestro juicio, La Corte Constitucional sienta precedente cuando en sentencia T 212 de 2013, frente al derecho a la personalidad jurídica del niño, considera que el estado tiene la obligación de:

(...) remover aquellos obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad, particularmente si estas barreras constituyen meros formalismos, que nada aportan al ejercicio eficaz de los derechos y, por el contrario, lo entorpecen, con mayor

exposición a condiciones de vulnerabilidad, que es precisamente lo que proscribe la carta fundamental.

Ahora bien, creemos que es en la Sentencia de la Corte Constitucional T-075/15, en donde nos ratifican nuestros argumentos sobre la nacionalidad, la identidad y el interés superior del menor. En tal sentencia se analizan temas como:

(i) el marco normativo del derecho a la identidad de los niños y niñas y, particularmente, sobre la nacionalidad colombiana por nacimiento y la expedición del pasaporte respectivo; (ii) el concepto y alcance del domicilio para adquirir la nacionalidad por nacimiento, cuando ambos padres son extranjeros; (iii) la norma sobre la expedición de pasaportes para hijos de extranjeros, nacidos en Colombia, está en contravía con la Constitución Política; y, por último, (iv) el análisis de la excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto.

Para desarrollar el problema jurídico se enuncian, además del articulado constitucional en el que se garantizan los derechos de los niños frente a la nacionalidad (artículo 44) y el Código de la Infancia y la Adolescencia, en lo concerniente al derecho a la identidad en la que se contempla la nacionalidad como elemento constitutivo del mismo (artículo 25), además

(...) el numeral 1° del artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*“Pacto de San José de Costa Rica”*), aprobada mediante Ley 16 de 1972: *“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.”*

Se estudia a fondo el concepto de domicilio contemplado en el artículo 96 de la Constitución Política, que refiere a la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento, de modo que puede obtenerla quien **“siendo hijos de extranjeros,**

***alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento***". (Negrilla fuera del texto original).

Si bien es a partir del acto legislativo, Ley 43 de 1993, "*Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana (...)*" y otros asuntos, se contempla, en el artículo 2º que: "***Por domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil.***" (Negrilla fuera del texto original).

Por lo que al referirnos al Código Civil, observamos que su desarrollo se encuentra en el *Libro primero - De las personas, Título I - De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio, Capítulo II - Del domicilio*, que el mismo depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella, específicamente en los articulados 78, 79 y en el 80, se consigna que:

*(...) se presume desde luego el ánimo de permanecer y vecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas.*

También refiere la sentencia que es posible demostrar ese domicilio (ánimo de permanencia en el país) a través de otros medios de prueba de su en los que encontramos visados de negocios (socio propietario), residente o temporales (por trabajo, estudio, espectáculos públicos) entre otros.

Si bien en esta sentencia se considera inconstitucional exigir requisitos contemplados en leyes, mismos que no se encuentran fundamentados ni exigidos constitucionalmente, por lo que se acceden a las pretensiones del tutelante.

Deja en el aire la necesidad de ampliar los conceptos de domicilio, de ánimo de permanencia, y que para el caso es posible avanzar en los formalismos para garantizar los derechos del menor, deja señalado que:

Para efectuar la inscripción de un menor en el registro civil de nacimientos y poder materializar esa forma de adquisición de la nacionalidad, que requiere un reconocimiento estatal, el cual se formaliza mediante anotación de la información de la persona en el registro civil, que delimita *su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones.*

Y que además “la inscripción en el registro civil de nacimiento no es prueba de la nacionalidad colombiana”, de modo que estamos frente a la motivación de esta investigación, ya que se hace necesario analizar estos conceptos bajo el influjo de la realidad del ciudadano del mundo que requiere una mirada amplia de estos conceptos y no los lineamientos exegéticos de la norma, que no coexisten con las garantías de los derechos de los menores y menos del concepto de dignidad.

Es importante señalar que el salvamento de voto de esta sentencia propuesto por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, considera necesario **“estar en consonancia con la lectura literal”**, (negrilla fuera del texto original)

La simple lectura literal de esa norma constitucional permite concluir que un niño o niña de padres extranjeros, podrá obtener la nacionalidad Colombiana cuando se demuestre que

uno de los padres se encuentra domiciliado en el país al momento de nacimiento de su hijo.

Como podrá notarse, toda la mirada jurisprudencial nos lleva a ratificar que, independientemente del momento de vida irregular que vivan sus padres, los menores no pueden quedar en el limbo jurídico por asuntos formales. Es necesario recurrir a figuras novedosas, rápidas, eficientes, para que un menor no pague las consecuencias de un hecho anómalo de sus padres. Si es cierto que universalmente el menor prevalece, es hora de mostrarlo.

## CAPÍTULO 3

### HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN RADICAL DE LA CIUDADANÍA.

Ciudadanía es un status asignado a todos aquellos que son miembros plenos de una comunidad. Todos los que posean dicho status son iguales con respecto a derechos y deberes... (Thomas H. Marshall, 1946)<sup>2</sup>

Como ya lo anotamos en los capítulos anteriores, desde siempre han existido las migraciones de grandes oleadas de personas que buscan una nueva forma de vida en otros lugares. Sin embargo, cuando se llega a un lugar en donde ya están asentados unos grupos poblacionales nativos, estos son resistentes a aceptar totalmente al extranjero. De allí que los pueblos y naciones, y posteriormente los Estados, se inventaron formas de convivir con el otro y reconocerle algunos derechos. La nacionalidad es uno de ellos.

Con el advenimiento de la Modernidad y el discurso liberal, surgió la pretensión de la ciudadanía universal, con base en la afirmación de que todos los individuos nacen libres e iguales; es por ello que puede afirmarse que el concepto de ciudadanía está estrechamente ligado a la idea de *derechos individuales*: si todos nacemos libres, todos somos ciudadanos; es nuestro derecho. Pero la noción también va unida a la de *vínculo a una comunidad particular*. Así que en este doble juego de vinculaciones, hay también contradicciones. Como lo afirma el profesor Salcedo (2014), casi todas las nociones políticas son complejas, en el

---

<sup>2</sup> Thomas H. Marshall publicó el texto *Ciudadanía y clase social* en 1949, en inglés, de donde proviene la cita original. Al respecto, es necesario recordar que Marshall representa la definición clásica de ciudadanía, inspirada en el pensamiento liberal anglo-norteamericano de posguerra. Citado por Carlos Sojo, *La Noción de Ciudadanía en el Debate Latinoamericano*. Revista de la CEPAL76, ABRIL 2002, págs. 25-38, p26.



sentido moriniano, en la medida que indican vínculos, contradicciones e incertidumbres. Y la noción de ciudadanía no escapa a ello: la noción otorga el derecho a alguien, una persona, a ser ciudadano: todas las personas del planeta tierra tienen derecho a ser ciudadanas, de ello no hay duda hoy. Pero, y aquí viene lo incómodo, *cuando están vinculadas a un territorio particular*. Así que si se está en un territorio donde no se ha nacido y no ha sido adoptado, las reglas cambian. La persona es ciudadana, pero no de ese territorio. Como ya lo dijimos, los Estados, previendo esto, han reglado también esta situación disminuyendo derechos para esta persona. Se es ciudadano, pero de segunda. Así que la pretensión de universalidad promovida por la modernidad es una ganancia a medias: No se es automáticamente ciudadano del territorio donde se llega. De allí que los derechos serán restringidos, no pudiendo, por ejemplo, votar elecciones presidenciales, trayendo incertidumbre para la vida de las personas.

El ejemplo claro de esta vida incierta se encuentra en los múltiples problemas que viven las personas extranjeras en el mundo, donde han resurgido los nacionalismos y cada día más el extranjero es visto como *alguien* que vino a *quitar algo* al ciudadano de esos países, por lo que lo ideal es expulsarlo o negarle la entrada.

Desde la perspectiva de Marshall, citado por Kimlicka & Norman (1996, p.4),

La ciudadanía consiste esencialmente en asegurar que cada cual sea tratado como un miembro pleno de una sociedad de iguales. La manera de asegurar este tipo de pertenencia consiste en otorgar a los individuos un número creciente de derechos de ciudadanía. Marshall divide estos derechos en tres categorías que, desde su punto de vista, se materializaron en Inglaterra en tres siglos sucesivos: derechos civiles, que aparecen en el siglo XVIII, derechos políticos, que se afirman en el siglo XIX y derechos sociales -por ejemplo, a la educación pública, a la asistencia sanitaria, a los seguros de desempleo y a las pensiones de vejez- que se establecen

en el siglo XX. Con la expansión de los derechos de ciudadanía- anota Marshall- hubo también una expansión de las clases de ciudadanos. Los derechos civiles y políticos, que originalmente se restringían a los varones blancos, propietarios y protestantes, fueron gradualmente extendidos a las mujeres, los trabajadores, los judíos y católicos, los negros y otros grupos previamente excluidos.

Para Marshall, depende de un Estado fuerte, liberal-democrático, el que esto se logre alcanzar. Si el Estado tambalea, los derechos civiles, políticos y sociales de los ciudadanos pueden ser fácilmente pisoteados por otros poderes de la comunidad. “Allí donde alguno de estos derechos sea limitado o violado, habrá gente que será marginada y quedara incapacitada para participar”(Kimlicka & Norman, 1996, p.4). A esta perspectiva de la ciudadanía se le denominapasiva, dado su fuerte énfasis en los derechos puramente pasivos y en el desconocimiento total de la participación activa en la vida pública que debe tener todo ciudadano. A su vez, al estar centralizada en el poder del Estado, pone en un segundo nivel al ciudadano como actor político y artífice de los cambios que puede haber en una sociedad. De allí que, desde la visión de Kimlicka y Norman, no sea una perspectiva adecuada para la vida política contemporánea. Es la perspectiva clásica una visión que privilegia la dimensión jurídica o normativa de la misma, en la medida que pone en primer plano la adscripción formal de la gente a un Estado y a su territorio, confundiendo con la noción de *nacionalidad*.

Para poder argumentar nuestra perspectiva y exigir reconocimiento inmediato de derechos para el menor que nace de padres ilegales en un territorio que no es el de ello, se requiere, además del reconocimiento de los derechos del menor postulados en capítulos anteriores, de un concepto más fuerte de la misma ciudadanía, y un vínculo de ella con una noción de democracia radical, pues sin democracia radical, real, no hay ciudadanía. Ello debe conducirnos a la noción de un ciudadano que sea reconocido universalmente, un ciudadano planetario, como lo propuso la Modernidad, que tiene ese derecho por el solo hecho de ser humano. Podríamos incluso afirmar que la perspectiva clásica de ciudadanía no

confía en el ciudadano, o le teme, por eso lo prefiere pasivo. Es necesario concebir al ciudadano como un actor comprometido con la vida pública. El asunto no puede seguir siendo pasivo. Una noción responsable, radicalmente moderna, ve al ciudadano como un sujeto que participa de la vida política del lugar donde llegó. Por ello es ciudadano. No porque vive allí hace un tiempo y puede demostrar domicilio, eso es muy pobre. Siguiendo con Kimlicka y Norman (1996, p.5),

La propuesta más popular para enfrentar este problema es la de descentralizar y democratizar el Estado de bienestar, dando, por ejemplo, más poder a las agencias que desarrollan los programas sociales y haciéndolas más controlables por parte de sus clientes (Pierson, 1991, págs. 200-207). De allí el discurso ya familiar de otorgar poder a los beneficiarios, sustituyendo los derechos de bienestar por derechos a la participación democrática en la administración de los programas sociales.

Sin embargo, ello tampoco ayuda mucho a radicalizar la noción de ciudadanía. Las Agencias que desarrollan programas sociales, ONGs, por ejemplo, se han burocratizado tanto en el mundo, que se convierten en impedimentos para el desarrollo político del sujeto. Terminan haciéndole el juego a los Estados. A su vez, no podemos desconocer la lógica en que nos ha metido el capitalismo en los años de la globalización. Cada vez más, el proceso de globalización nos forma como meros entes diseñados para sostener el sistema. La apolitización de la sociedad actual, es tan común como la violación de derechos. Nuestra sociedad global actual se debate entre el *ente* que es educado para comprar compulsivamente y así sostener el capitalismo salvaje, y la lucha que muchas minorías emprenden todos los días, por sus derechos. Ambos son ciudadanos, ambos tienen derechos. Pero: ¿ambos participan como sujetos políticos? Creemos que no. La democracia que ambos tienen en la cabeza es distinta, la idea de ciudadanía es distinta.

Siguiendo en esta misma línea, Mouffé (1999) nos facilita una concepción de ciudadanía que se presta a nuestras intenciones, pues logra reconciliar coherentemente *democracia radical* y *ciudadanía*. Para ello, propone una noción de ciudadanía mucho más radical que la meramente legal o normativa:

La visión de una democracia radical y plural que quiero proponer entiende la ciudadanía como una forma de identidad política que consiste en la identificación con los principios políticos de la democracia moderna pluralista, es decir, en la afirmación de la libertad y la igualdad para todos. Tendría que ser una identidad política común entre personas comprometidas en muy diversas empresas y con diferentes concepciones del bien, pero vinculadas las unas a las otras por su común identificación con una interpretación dada de un conjunto de valores ético-políticos. La ciudadanía no es sólo una identidad entre otras, como en el liberalismo clásico, ni es la identidad dominante que anula a todas las demás, como en el republicanismo cívico. Es, en cambio, un principio articulador que afecta a las diferentes posiciones de sujeto del agente social al tiempo que permite una pluralidad de lealtades específicas y el respeto de la libertad individual (Mouffé, 1999, p.120).

Así que la identificación solo por el territorio es una de las identidades más pobres que surgen en la concepción clásica de la ciudadanía. Lo que nos une como ciudadanos no es solo el territorio o el Estado a los que pertenecemos por nacimiento o adopción. Nos unen identidades políticas, creencias ético-morales compartidas, actitudes y valores que reivindicamos aquí o en cualquier territorio o Estado. Esto sí se parece a un ciudadano universal, y por ello solo puede ser defendido desde una democracia radical, aquella capaz de poner a conversar y respetar por igual ideas diametralmente opuestas. Si nos unen principios éticos,

morales, políticos, etc., estos pueden ser en una democracia, tantos, como grupos de ciudadanos. Por ello,

...una interpretación democrática radical hará hincapié en las numerosas relaciones sociales donde existen situaciones de dominación que deben ser puestas en tela de juicio si se aplican los principios de libertad e igualdad. Esto indica el reconocimiento común, por parte de los diferentes grupos que luchan por una extensión y radicalización de la democracia, de que tienen una preocupación común, y llevará a la articulación de las demandas democráticas que enarbolan diferentes movimientos: las mujeres, los trabajadores, los negros, los homosexuales, los ecologistas, lo mismo que otros «movimientos sociales nuevos». El objetivo es construir un «nosotros» como ciudadanos democráticos radicales, una identidad política colectiva articulada mediante el principio de equivalencia democrática. Debe ser subrayado que tal relación de equivalencia no elimina las diferencias; lo contrario sería simple identidad. Es sólo en la medida en que las diferencias democráticas se oponen a las fuerzas o discursos que niegan a todas ellas, que esas diferencias serán sustituibles entre sí(Mouffé, 1999, p.121).

Ciudadanía y política no pueden, entonces, separarse. Pero a su vez, ciudadanía, política y democracia radical, van tanto de la mano, que solo en sus relaciones pueden entenderse otra serie de nociones. Ejemplos de estas perspectivas son los movimientos alternativos formados en los últimos años en protesta por la concepción clásica de la política, la democracia y la ciudadanía, como el movimiento “15-M” y PODEMOS, en España, que parten de la reivindicación de una democracia “real”, en el sentido de que la ciudadanía sea tomada en cuenta.

Los modelos clásicos de entender estas nociones han conducido a la cultura occidental a una deshumanización tan grande como el mismo desarrollo

tecnológico que ha alcanzado. Son dos caras de una misma moneda: la cultura occidental florece en tecnología y ciencia y se oscurece cada día más en reconocimiento de derechos y humanización. Es lo que el profesor Edgar Morin llama la “policrisis” o crisis planetaria. Es como si la humanidad se hubiera des-humanizado al darle más valor y prioridad a una serie de cosas y objetos, y no a los humanos. En sus términos, esta crisis de humanidad, que no es más que crisis del sistema:

[...] ha creado nuevas corrupciones en el seno de los estados, de las administraciones y de las relaciones económicas. Ha destruido la solidaridad tradicional sin crear otra que la sustituya y, como resultado, se han multiplicado las soledades individuales. Al desarraigar y crear guetos, se plantan las semillas de la criminalidad (Morin, 2011,p.26).

Por ello, ante tal deriva de la humanidad, nos plantea Morin la necesidad de una “política de humanidad” y de una “política de civilización”, que re-direccione el rumbo del actual proceso de desintegración social y ecológica en el que nos encontramos inmersos. Las propuestas para salir de este impase, no pueden estar pensadas solo desde el enfoque económico. De allí que el profesor Salcedo (2014), siguiendo a Morin, insista en pensar de manera permanente y simultánea desde el punto de vista planetario, teniendo siempre en cuenta las dimensiones global y local (glocalidad) de nuestro diario quehacer. “La gigantesca crisis planetaria es la crisis de la humanidad que no logra acceder a la humanidad”, nos dirá Morin (Morin, 2011, p.29). Esto hace que sea urgente y necesaria una noción de “*ciudadanía planetaria*”, aunada a la de democracia radical. Tal perspectiva, novedosa a nuestro entender, concibe la planetariedad como un concepto no solo antropocéntrico sino también ecocéntrico, enraizado en la concepción del ser humano como ser ecodpendiente, ser que incluye su entorno en su principio de identidad (Morin, 1984). Es un concepto de ciudadanía mucho más amplio, incluyente, utópico. Una noción que hace del planeta tierra nuestra patria y patria, que piensa en un nuevo ser humano “que debe aprender la finitud terrena y

renunciar al falso mito de la omnipotencia técnica; un ser que deberá consagrar sus conocimientos y su conciencia no a dominar sino a acondicionar, mejorar, comprender...” (Morin y Kern 1993, p.224), de modo que pueda avanzarse en la idea de una humanidad entendida como una *comunidad de destino* que comparte una visión común con todos los seres del planeta: el mantenimiento de la vida.

Sintetizando, si bien la modernidad occidental y sus ideales ilustrados nos dieron la posibilidad de unos derechos, los inicios del siglo XXI aún nos muestran que somos muy pequeños a la hora de mirarnos como sujetos autónomos, y muy egoístas a la hora de reconocer derechos a los otros. La nacionalidad aunada a la idea de terruño o de sangre, es una perspectiva clásica que no llena las expectativas del mundo moderno global e interconectado. A su vez, las democracias que solo permiten el desarrollo social desde la iniciativa del Estado, no nos sirven para entender las diferencias que los sujetos imprimen a sus acciones políticas. Se requiere de un sujeto activo que, desde su diferencia, logre el reconocimiento de sus ideales de vida buena. De allí que, si queremos realmente cambiar el presente que estamos viviendo, lleno de exclusiones, miserias, muerte, incomprensiones, y un largo etcétera, tenemos que construir una noción de ciudadanía planetaria que permita la vida digna de todos los integrantes de la humanidad. No basta con pelear por los derechos de los integrantes de una comunidad. Debemos luchar por la vida digna de todo lo vivo del planeta, incluyéndolo. Solo así podremos reconocer que nacer en una situación como la planteada más atrás, hijo de un padre ilegal en un país extraño, no debe implicar cargar con ese peso excluyente mucho tiempo de nuestra vida. Por ello se hace urgente y necesario aclarar lo que ha significado la noción de dignidad humana a lo largo de la historia de occidente, que será nuestro próximo paso.

## 2.1. Sobre la dignidad humana como fundamento de los derechos.

Uno de los temas debatidos en la antropología y la filosofía práctica contemporánea es el referido a lo que se ha denominado la “paradoja de la dignidad”. Ella consiste en que, a lo largo de los últimos tres siglos, se ha exaltado y glorificado como nunca en la historia al ser humano-persona, recalcando su dignidad y poniendo de relieve el respeto sin par del que debe ser objeto. Pero ha sucedido también que, no obstante este pretendido encumbramiento de la persona humana, tanto la realidad humano-práctica, cuanto las doctrinas que intentan justificarla han ido derivando hacia una anulación o abolición del hombre, tanto teórica como práctica. (Massini, 2017, p.50)

Como lo vimos en el capítulo anterior, son muchos los logros que como humanidad hemos alcanzado. La ofensa que sentimos porque nos excluyen, el dolor moral que se siente cuando por tus condiciones económicas, religiosas, o étnicas te niegan ciertas posibilidades, son asuntos que se han debatido y que desde el siglo XIX han hecho reconocer una serie de derechos universales. La pelea por los derechos, ha conducido a que hoy la humanidad sea mejor que en épocas anteriores. Sin embargo, aún distamos mucho de un reconocimiento general de derechos: a diario millones de personas son excluidas de muchas esferas, aún existen ciudadanos de primera y de segunda categoría. Aun hoy la vida digna que tanto hemos promovido y debatido, es negada para poblaciones completas de personas del mundo. Los hijos de inmigrantes ilegales nacidos en Colombia son un ejemplo de ello. Por su condición, sus padres han sido excluidos y le son negados muchos derechos, por lo que no tienen ellos ni pueden ofrecerle al menor una vida digna. Pero, ¿qué entendemos por ello? ¿Qué es una vida digna? Estos son asuntos que debemos afrontar si queremos sustentar la idea de que en última instancia, de lo que se trata en la vida humana, es de vivir



dignamente. De allí que a continuación debamos explayarnos en tal noción para mostrar que sin ella, no tiene sentido vivir.

## 2.2. La noción de dignidad.

La palabra *dignidad*, y la noción *vida digna* no han sido usadas de la misma manera a lo largo de la historia. Vamos a continuación a realizar un bosquejo histórico del término, para aclarar a que nos referiremos en este trabajo por ello, asunto que haremos desde el profesor español Beriain (2004).

Según Beriain, la palabra *dignidad* tiene su origen en el idioma *sánscrito*, específicamente en la raíz *dec*, usada para denotar *lo conveniente*, conforme, adecuado a algo o alguien. Luego, pasó a la lengua latina con una pequeña variación, pues se le agregó el sufijo *-mus*, conformando el vocablo *decmus*, que se convirtió posteriormente en *dignus*, que en español se expresó como *digno*, de donde deriva la palabra dignidad.

Según nuestro autor, la palabra *dignidad* se utilizó de dos formas: primero,

Reflejaba un concepto plenamente social y político, íntimamente ligado con la *maiestas*. De este modo, en Roma venía a referirse a la nobleza, a la función que se desempeñaba o a los méritos realizados a favor de los asuntos públicos. Se trataba, portanto, de un reconocimiento que otorgaba la comunidad en atención a los méritos de los individuos y que permitía, en consecuencia, establecer diferencias entre unas personas y otras por sus comportamientos que se reflejaba en una superior *auctoritas* y en unos signos externos que demostraban que ésta existía. (Beriain, 2004, p.190).

En este mismo sentido, en la época medieval se mantuvo esta acepción, en situaciones, por ejemplo, referidas a los nobles, que “a diferencia de todos aquellos que no podían permitirse poseer un caballo, poseían la dignidad de caballero”

(Berianin, 2004, p.190). También era común en esta época utilizar la palabra para referirse al poder de los reyes y grandes señores, “que eran quienes podían acompañar su autoridad con signos de *dignidad*. La Iglesia, por su parte, adoptó este mismo modelo, asociando la *máxima dignidad al Papa*, al que seguían cardenales y obispos” (Berianin, 2004, p.190). La modernidad conservó muchas de estas acepciones y la siguió usando para denotar las prebendas o distinciones propias de un cargo público. Como nos recuerda Berianin, nótese que

...En todos estos casos, portanto, nos encontramos con que la idea de dignidad viene directamente asociada a algo externo a la esencia de la persona. Es una noción directamente asociada a las circunstancias, a lo que una persona hace o le sucede, al campo de los hechos, y no del ser. Se trata, en resumidas cuentas, de una concepción de la dignidad basada en el mero reconocimiento de unas circunstancias por parte de los miembros de la sociedad o de la atribución de una valoración concreta a unas personas determinadas por motivos socialmente determinadas (Berianin, 2004, p.190)

De allí que, a juicio de nuestro autor, sea más conveniente detenernos en una segunda forma de entenderla que, contrario a la anterior, se refiere propiamente al campo del ser. Heredada del cristianismo y el estoicismo, esta otra perspectiva ubica al hombre en el centro del Cosmos concibiéndolo de dos formas: como el ser de más rango superior en el universo, por el estoicismo, o como la criatura predilecta creada por Dios a su imagen y semejanza, para el cristianismo primitivo. Ambas permiten pensar una noción de dignidad directamente asociada a la esencia humana: “el hombre es digno por su propia naturaleza, lo cual implica la unión indisoluble entre dos conceptos, persona y dignidad” (Berianin, 2004, p.192).

Con la llegada del Renacimiento, se expandirá esta segunda acepción del término, y la Ilustración, con Kant, la llevará a su máximo esplendor al afirmar que la dignidad es *aquello que no tiene precio*, y que *la humanidad es en sí misma una dignidad*. De allí pasará a los trabajos de los ilustrados franceses, Rousseau, por

ejemplo, para luego pasar a engrosar las hojas de la famosa *Enciclopedia* y las Declaraciones de Derechos de los siglos XVIII y XIX.

De todo ello extrae Beriain una conclusión que compartimos:

...el concepto de dignidad, apesar de su evidente evanescencia, contiene, como mínimo, una cualidad en que todos los autores inciden, y que tiene mucho que ver con el valor con el que, suponemos, contamos los seres humanos, ya sea por lo que somos o por lo que hacemos o nos hacen. Tenemos, en consecuencia, un punto de partida desde el que construir nuestro discurso: la dignidad es, sin lugar a dudas, un concepto que se refiere a lo valioso o, si se prefiere, decir que el hombre es digno es tanto como afirmar que es valioso (Beriain, 2004, p.192).

Por tanto, no importa lo que un hombre haga o diga o le suceda: nada afectará su valor como humano. Ese valor es intrínseco. Sus cualidades como humano, lo hacen un ser tan particular, que hay que apreciarlo, respetarlo, cuidarlo. Es el único ser hasta ahora conocido que tiene características tan únicas, que no podemos mancillarlo. Es el único ser que posee trascendencia, es libre de actuar, no por instinto, sino libremente, a su antojo; pero también posee una capacidad intelectual, con la logra elevadas abstracciones, como no lo hace ningún ser conocido, llegando incluso a dar sentido a su existencia; pero igual puede llegar a sacrificar su propia existencia con el fin de facilitar la existencia de otras personas.

En consecuencia, podemos concluir, llegados a este punto, que el hombre posee una dignidad ontológica en función de su propia esencia, de lo que es, de su capacidad para trascender, de ir más allá de los hechos para concebir juicios morales, actuar o no en consecuencia, y elaborar concepciones abstractas más allá de lo que encuentra en la experiencia (Beriain, 2004, p.200).

Ahora bien, ante la pregunta por la dignidad humana para todos los humanos cabe preguntarse: ¿hay diferencias cualitativas entre los humanos que podría hacernos sospechar que debemos cuidar más a unos que otros? Beriaín no tiene duda en que ello es así: todos los filósofos y científicos que él revisa concluyen que los menores, ancianos, persona desvalidas, etc., son grupos poblacionales que, si bien tienen el mismo valor digno que todas las demás, por su condición tienen preponderancia.

Aunado a lo anterior, es necesario recalcar que lo seres humanos no hacemos nada sino agregamos algo a toda esta reflexión: la dignidad humana, por muy justificada que esté, no tiene sentido si no se reconoce. Es decir: si todos los humanos no nos podemos de acuerdo y concluimos que ella es todo lo que hemos dicho más atrás.

Por lo anteriormente afirmado, no nos cabe hoy ninguna duda que la noción de dignidad humana, “constituye la *fuentemoral* de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento” (Habermas, 2010, 6). Y esta no puede ser considerada una frase de cajón. Cuando hay conflictos que necesiten que el juez sopesa derechos, se requiere que recurra a esta noción de dignidad humana. Y ello se da precisamente por la validez absoluta que le hemos dado a tal noción de dignidad humana. De nuevo con Habermas (2010, 10):

*La dignidad humana* desempeña la función de un sismógrafo que registra lo que es constitutivo de un orden democrático legal, a saber: precisamente aquellos derechos que los ciudadanos de una comunidad política deben concederse a sí mismos si son capaces de respetarse entre sí, como miembros de una asociación voluntaria entre personas libres e iguales. La garantía de estos derechos humanos da origen al estatus de ciudadano de quienes, como sujetos de iguales derechos, tienen la facultad de exigir ser respetados en su dignidad humana.

Todo ello nos lleva a concluir que, si asumimos esta noción como base de la idea de derechos humanos, y la aplicamos en una democracia radical, entendida desde Mouffe (1999) como aquella que efectivamente reconoce la diferencia, lo particular, lo múltiple, lo heterogéneo, es decir, que reconcilia los derechos universales que propuso la modernidad con los nuevos derechos particulares que exigen ciertas minorías, y aceptamos una idea radical de ciudadanía planetaria, entendida como necesidad de desprendernos de la noción clásica y pasiva de la misma que remite al suelo o a la sangre para darnos nacionalidad y, con ello ciudadanía, para reivindicar la acción política activa del sujeto que lucha por sus derechos en cualquier lugar del mundo, entonces podríamos afirmar que tenemos dadas todas las condiciones para que los hijos(as) de ilegales nacidos en Colombia, sean respetados en toda su dignidad. Por ello es que debemos reconocer la dignidad humana, como el eje de todo este entramado jurídico-político. De allí que, para terminar, hagamos nuestras las siguientes palabras de Habermas (2010, p.8):

Después de doscientos años de historia constitucional moderna, poseemos ya un mejor entendimiento de lo que distinguió este desarrollo desde sus inicios: la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho. La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos.

CONCLUSIONES.

Concluir siempre hace pensar en acabar. Nada más alejado de nosotros que creer que ya acabamos estas reflexiones. Por el contrario, apenas iniciamos. Desde nuestra humilde posición de estudiantes de derecho, intentamos dar cuenta de una problemática que cada día se hace más fuerte en el mundo: la discriminación que sufren tantos y tantos seres humanos por su condición de apátridas, por su situación de irregulares en un país. Y ello se agrava cuando estas personas tienen hijos(as). Estos menores nacidos en Colombia empiezan su vida con una incertidumbre superior a la de otros, pues no son nacionales, y legalizar su situación implica que sus padres deban legalizar la de ellos, pero estos tampoco pueden por sus condiciones tan particulares. Así, estos menores empiezan a vivir una vida en la que muchos derechos empiezan a serles desconocidos, mancillando su dignidad.

De todas nuestras reflexiones creemos que cinco son las conclusiones más visibles:

1. Se evidencia que los derechos de la infancia están considerados pero no garantizados (De la Fuente y Sotomayor, 2009, p.52). Se ratifica por todos lados que el principio del interés superior del niño va dirigido "(...) a cualquier individuo que actúe o adopte decisiones que afecten directa o indirectamente a los niños deberá atender a su interés superior. Ello incluiría, por tanto, a gobiernos, instituciones públicas o privadas, autoridades administrativas, tribunales, órganos legislativos y sujetos en particular (progenitores y tutores entre ellos) (Ravetllat y Pinochet. 2015. p. 912). Sin embargo, lo cierto es que la Convención no define ni enumera indicador alguno que facilite la concreción práctica de esta cláusula abstracta del interés superior del niño, dejando su interpretación al buen hacer y juicio de la persona, institución u organización encargada de su aplicación; esencialmente las autoridades administrativas y los tribunales de justicia, ello sin olvidar a las instituciones privadas (Ravetllat y Pinochet. 2015. p. 915). Como lo anota el "Informe especial al parlamento defensor del menor de Andalucía" (2003), dentro del difícil mundo de la inmigración, "es un hecho que el ámbito donde con mayor claridad se puede

observar la contradicción entre las proclamas y la práctica de quienes defienden la globalización como panacea universal, sea en relación a las denominadas migraciones de menores”. Por mucho que se proclame, las violaciones a sus derechos son constantes en el mundo, y Colombia no escapa a ello. Es más, nuestro gobierno no tiene ningún reparo, siguiendo la ola internacional, en aplicar a estos menores la legislación de extranjería y no la de protección de menores.

2. Es necesario y urgente construir y asumir nuevas perspectivas teóricas si queremos enfrentar este flagelo con algún éxito. En este sentido, son muchas las perspectivas que ya se encuentran en el ámbito académico. Creemos que si aceptamos la concepción de una democracia radical, en la perspectiva que defiende Mouffé, en el entendido de arriesgarnos a tener en cuenta exigencias, valores, creencias, de las minorías, es más factible una perspectiva de reconocimiento de derechos. Hasta ahora el modelo liberal democrático inspirado en la modernidad, ha defendido unos valores universales, propios para unos grupos específicos, pero a la hora de revisar los asuntos particulares, esta democracia se queda corta. Sin reconocimiento de asuntos particulares, no hay verdadera democracia. De allí que hoy se afirme desde muchos ámbitos, que es necesario legislar también en virtud de las minorías, pues cuando se hace desde las mayorías, inicia una exclusión.
3. La democracia radical es la única que puede hacernos entender una noción de ciudadanía radical, o ciudadanía planetaria. Si no empezamos a ver a la personas como habitantes del planeta tierra, seguiremos expuestos a la discriminación por cuestiones de inmigración. Es hora de hacer realidad las promesas de la modernidad en torno al ciudadano cosmopolita, al ciudadano del mundo. No es posible seguir aceptando que este apelativo solo pueda dársele a los que tienen riquezas para viajar por el mundo. Desde la perspectiva planetaria, un ciudadano es aquel que se integra a la vida política de un territorio o nación, y actúa como ser político. Se preocupa por unos valores,

unas creencias, unas actitudes y la hace valer. En otras palabras: es activo en la vida pública de ese nuevo territorio. No podemos seguir confinando la ciudadanía a la nacionalidad, pues ello construye personas de segunda clase. A su vez, no podemos seguir en Colombia asumiendo un requisito como el de vivir un año y demostrar domicilio, o reducir el domicilio a la categoría de ser sujeto económico, para poder ser considerado nacional y, por ende, ciudadano nacional. Son concepciones tan clásicas, que no tienen en cuenta las nuevas lógicas por las que anda el mundo globalizado de hoy.

4. Sin considerar la noción de dignidad humana como la base de los derechos, no podemos considerar una defensa de derechos para estos hijos de inmigrantes. Todos somos dignos y tenemos el mismo derecho de intentar llevar una vida digna. El hecho de no haber nacido de padres colombianos ni ser los padres inmigrantes legales, puede pisotear los derechos de hijos y padres inmigrantes ilegales. Y el Estado colombiano debe estar allí para garantizar eso. Así que la cuestión, si bien requiere de reformas constitucionales, se ajusta bastante a los requerimientos del mundo actual, a las nuevas teorías sociales que van surgiendo, a las nuevas maneras de concebir los derechos, y a la noción más universal de todas: la dignidad humana.
5. Por último, nuestra legislación, los acuerdos internacionales y la jurisprudencia, son muy tímidos aun a la hora de tomar en cuenta todas estas consideraciones. Es urgente y necesario que nuestro país y su sistema legal se ajuste a todos estos cambios que el mundo vive. Caso contrario, seguiremos pecando de violador de derechos.

## **Bibliografía**



Beriain, Miguel, (2004), *Consideraciones sobre el concepto de Dignidad Humana*. En: Anuario de Filosofía del Derecho, N° 21, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, págs. 187-212, Madrid.

Carrillo J.A, (2001). *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional público*, en Antonio Marzal, *El núcleo duro de los derechos humanos*. J.M. Bosch Editor.

Cepal, (2002), *Informe anual del fondo de las Naciones Unidas para la población*. Paris.

Cillero Bruñol, Miguel, (2007). *Justicia y Derechos del Niño*. Número 9. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Paris.

Circular 023 del 7 de junio de 2004 de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Bogota.

Chantal Mouffe, 1999. *El retorno de lo político* Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona: Paidós,

Cohen, Robin, (1994) *Frontiers of Identity: The British and the Others*. Londres, Longman. Traducción española: *Fronteras de identidad: los británicos y los otros*. (1998), Longman, Londres.

Corte Constitucional. (03 de febrero de 1994) Sentencia C 041. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional. (26 de noviembre de 1996) Sentencia T 645. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional. (6 de abril de 2001) Sentencia C 1259. [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional. (16 de julio de 2013) Sentencia T 450A. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. (15 de abril de 2013) Sentencia T 212. [MP Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Constitucional. (20 de febrero de 2015) Sentencia T 075. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional. (16 de abril de 2008) Sentencia C 336. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional. (6 de abril de 2015) Sentencia C 146. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (19 de Enero de 1984,1999). Opinión Consultiva 04 caso Costa-Rica. Obtenido de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de Mayo de 1999). Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Obtenido de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)

De la Fuente Robles, Yolanda María & Sotomayor Morales, Eva María. (2009). *Vulnerabilidad y exclusión social de los menores inmigrantes*. Migraciones y Exilios, 10, p.41-54.

Ferrajoli, L. (2002). *Derechos y garantías, La ley del más débil*. Barcelona: Ed. Trotta

Muñoz Gómez, L. A., & Niño Hernández, F. P. (2017). *El problema jurídico del doble registro de nacimiento Colombia-Venezuela*. Revista Academia & Derecho, 8 (14), p.59-86

Massini Correas, C. I. (2017), *Sobre dignidad humana y Derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el Derecho*, Prudentia Iuris, N. 83, p.49-72.

Habermas, J. (2010), *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Diánoia, volumen LV, número 64 (mayo 2010): pp. 3–25

Morin, E. (1984). *Ciencia con consciencia*. Barcelona: Anthropos.

Morin, E. (2011). *La Vía para el futuro de la humanidad*. Barcelona: Paidós.

Morin, E. y Kern, A.B. (1993). *Tierra patria*. Barcelona: Kairós.

Nieto García, Luis Carlos. (2008), *Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno*. Revista Papeles, N°104, septiembre.

Petit, Juan Miguel (2002), *Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas*, Relatoría especial sobre tráfico de niños, prostitución y pornografía infantil del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, documento de referencia DDR/13, Santiago de Chile.

RavetllatBallesté, Isaac & Pinochet Olave, Ruperto. (2015). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho Civil Chileno*. Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N° 3, pp. 903 – 934.

Revista Semana, (2018), *Colombia iniciará el registro para regular el estatus de inmigrantes venezolanos la próxima semana*. Recuperado en Marzo 19 de 2018 de: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/02/21/colombia-iniciara-el-registro-para-regular-el-estatus-de-inmigrantes-venezolanos-la-proxima-semana/>

Salcedo Gutiérrez, Hernando. (2006). *La hermenéutica como posibilidad investigativa*. En: Documentos Unaula, Medellín: Unaula.

WillKymlicka, & Wayne Norman, *El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía*. En: Cuadernos del CLAEH, n° 75, Montevideo, 1996, p.81-112.