

Defensoría del Pueblo Colombia

**Las obligaciones del Estado colombiano
de proteger los derechos fundamentales de
una madre colombiana y de su hijo menor de
edad, en el exterior**



**Defensoría
del Pueblo**
C O L O M B I A

#NosUnenTusDerechos

Defensoría del Pueblo Colombia

Derecho a la salud y medidas de protección contra el COVID-19 de las personas privadas de la libertad.

Sentencia:

11 de junio de 2020

76001-23-33-000-2020-00534-01(AC)

Defensoría del Pueblo

Carlos Ernesto Camargo Assis
Defensor del Pueblo

Luis Andrés Fajardo Arturo
Vicedefensor del Pueblo

Ángela María Sánchez Rojas
Directora Nacional de Promoción y Divulgación de los Derechos Humanos

Heidi Abuchaibe Abuchaibe
Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales
Se desempeñó como Delegada entre febrero de 2021 y el 31 de agosto del mismo año.

Consejo de Estado

Marta Nubia Velázquez Rico
Presidente

Milton Chaves García
Magistrado ponente

La elaboración y coordinación de esta cartilla estuvo a cargo de la Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales, de la Dirección Nacional de Promoción y Divulgación, de la Vicedefensoría del Pueblo y del equipo de la presidencia del Consejo de Estado. Contó con el acompañamiento del despacho ponente de la sentencia.

Autor
Martha Moreno Germán Ochoa

© Defensoría del Pueblo de Colombia
Calle 55 N.o 10-32
Teléfonos: 314 4000 - 314 7300, ext. 2718

Presentación

La Defensoría del Pueblo, como Institución Nacional de Derechos Humanos, es la encargada de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos en Colombia, según lo establece el artículo 282 de la Constitución Política. Para lograr este objetivo, implementa diversas actividades pedagógicas que fortalecen el conocimiento y la apropiación de la cultura de los derechos humanos, expresada, entre otras, en las decisiones judiciales de las altas cortes.

A su vez, el Consejo de Estado es el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y el cuerpo consultivo del Gobierno nacional. A través de sus salas y secciones, esta institución se pronuncia sobre diversas materias entre las que se destacan, el ejercicio y la garantía de los derechos políticos, así como la vulneración de derechos fundamentales, colectivos, laborales.

El 7 de diciembre de 2020, la Defensoría del Pueblo suscribió un memorando de entendimiento con el Consejo de Estado. La finalidad de este memorando es sumar esfuerzos para desarrollar diversas acciones encaminadas a la investigación, capacitación y difusión de la jurisprudencia del Consejo de Estado en las siguientes materias:

- Derechos humanos
- Derecho internacional humanitario
- Responsabilidad extracontractual por fallas en el servicio a cargo de la fuerza pública
- Derechos de los trabajadores en el ámbito administrativo
- Enfoque de género
- Derechos colectivos y derechos políticos

De igual manera, este acuerdo busca fomentar estos principios:

- Transparencia
 - Acceso a la información pública
 - Participación ciudadana en la gestión pública
 - Celeridad
- Confianza de la ciudadanía

Se trata de una estrategia interinstitucional de pedagogía y divulgación de jurisprudencia relevante en materia de derechos humanos, proferida durante 2020 por el Consejo de Estado.

Cada documento está construido con un lenguaje que permite edificar la cultura y la vivencia de los derechos humanos. En esta cartilla, usted encontrará:

- Un breve resumen de los hechos de cada sentencia
- La decisión que tomó este alto tribunal
- La importancia de la decisión en materia de derechos humanos
- Su utilidad en términos prácticos para la ciudadanía
- Los derechos analizados, protegidos y reconocidos en la decisión
- Las personas o el grupo de personas beneficiadas o perjudicadas por el fallo
- El cambio que produce la decisión adoptada

En conclusión, estas cartillas buscan divulgar de manera clara, concreta y sencilla algunas de las decisiones más relevantes del Consejo de Estado, así como su impacto en la vida de las personas que habitan en el territorio nacional.

Martha Nubia Velazquez
Presidente 2021
Consejo de Estado

Carlos Camargo Assis
Defensor del Pueblo

Las obligaciones del Estado colombiano de proteger los derechos fundamentales de una madre colombiana y de su hijo menor de edad, en el exterior¹

En esta decisión, el Consejo de Estado enfatiza en que el Estado colombiano siempre debe garantizar el interés superior del menor de edad, en especial, en el marco de la emergencia económica, ecológica y social derivada de la pandemia por COVID-19. En tal sentido, lo obliga a garantizar los derechos fundamentales del menor y de su núcleo familiar.

¿Qué fue lo que pasó?

El año 2020 será recordado, sin duda, por la pandemia provocada por el brote del virus que causó el COVID-19. Esta enfermedad paralizó de un momento a otro a la población mundial, lo que llevó a que los Gobiernos del hemisferio tuvieran que adoptar cuarentenas obligatorias con el fin de aislar a la población, como una medida de reacción y contención ante la pandemia.

La situación de salud pública mundial obligó a que el Gobierno colombiano decretara el estado de excepción para limitar de forma justificada algunos derechos fundamentales, como el derecho a la movilidad. Sin embargo y, a pesar del carácter necesario de las medidas preventivas, ciertos derechos que son considerados intangibles, por hacer parte de la esencia del ser humano para la vida, no se podían afectar en su núcleo esencial.

Por ejemplo, los derechos de los niños, niñas y adolescentes son intangibles, como también lo son los derechos de las mujeres, especialmente, aquellas que son madres cabeza de hogar. Lo mismo sucede con los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social, a la alimentación y a la unidad familiar.

La difícil situación a la que se vieron enfrentados madre e hijo debido a la imposibilidad de retornar a su país

El 14 de abril de 2019, la señora Angie Marcela López Acosta viajó con su hijo Santiago Isaías Ponce López a la República de Argentina, para reunirse con su esposo, Tony Armando Ponce Tencio, quien trabajaba en ese país. En el mes de noviembre de 2019, el señor Ponce fue diagnosticado con cáncer y el 29 de marzo de 2020 falleció.

Como consecuencia de la pandemia por COVID-19, el Gobierno argentino decretó el cierre de fronteras terrestres, aéreas y marítimas, así como el confinamiento obligatorio a partir del 20 de marzo de 2020.

Por no contar con estatus migratorio de “residencia permanente” que les permitiera seguir en territorio argentino y gozar de los beneficios de acceso al sistema de salud, el 7 de abril de 2020, la señora Angie Marcela le solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores un vuelo de repatriación y ayuda por su situación. No obstante, dicha petición fue negada bajo el argumento de que, para la fecha, no era posible salir de Argentina ni ingresar a Colombia por el cierre de la frontera y que la restricción cobijaba tanto a extranjeros como a nacionales. De igual manera, manifestaron que, inicialmente, era hasta el 23 de abril de 2020, pero que no había certeza del día que se le permitiría la entrada.

¹ Esta cartilla se elaboró con fundamento en la sentencia de tutela de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con número de radicación 76001-23-33-000-2020-00534-01(AC), proferida el 11 de junio de 2020, M. P.: Milton Chaves García.

El mismo día, mediante comunicación escrita dirigida a la Cancillería, informó sobre su situación económica, advirtió que no contaba con una fuente de ingreso para sostenerse con su pequeño hijo de tres años y que no tenía familia que le ayudara; por tal razón, insistió en su repatriación. Al respecto, el Consulado respondió que no había vuelos de repatriación en ese momento y que no contaba con recursos para ese tipo de circunstancias.

Ante esta situación, el 23 de abril de 2020, Angie Marcela escribió a la oficina de atención al ciudadano de Migración Colombia, en donde expuso la situación y nuevamente solicitó un vuelo de repatriación. La petición fue resuelta por el Centro Integral de Atención al Ciudadano [CIAC] del Ministerio de Relaciones Exteriores, dependencia que informó que, una vez revisada la base de datos, se evidenció que había radicado una petición con idéntico objeto; por lo tanto, esta fue enviada al Consulado de Colombia en Buenos Aires para las acciones a las que hubiese lugar.

Ante estos hechos, Angie Marcela interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Transporte, Cancillería – Consulado de Colombia en Argentina y la Presidencia de la República, por considerar que con medidas decretadas por este se le estaban vulnerando a ella y a su pequeño hijo los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social, a la alimentación, a la unidad familiar y el principio del interés superior del niño.

En sede de tutela, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca amparó sus derechos y ordenó al Estado colombiano la repatriación inmediata de Angie Marcela y de su hijo Santiago Isaías por tratarse de dos personas que, por su situación especial, hacen parte de los grupos vulnerables y, por tanto, son considerados sujetos de especial protección constitucional.

Sin embargo, la Nación – Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores impugnaron la decisión del juez de primera instancia [Tribunal Administrativo del Valle] alegando, principalmente, la falta de legitimación de la causa por pasiva, es decir, que las entidades demandadas no tenían que responder por falta de injerencia o competencia, pues el Ministerio de Relaciones Exteriores consideró que “no es competencia de la Cancillería ni de los Consulados en el Exterior pagar tiquetes aéreos u hospedaje, excepto en situaciones humanitarias (por ejemplo, una enfermedad terminal) o para casos específicos tales como víctimas de trata de personas, menores no acompañados, entre otros”.

Para el Ministerio de Relaciones Exteriores ya existía una resolución en la que el Gobierno nacional había establecido unos protocolos para los colombianos que se encontraban en el extranjero y deseaban regresar. En dichos protocolos, se dispuso que el costo de regreso debía correr por cuenta del colombiano repatriado a través de un vuelo humanitario.

A pesar de estos argumentos del Gobierno colombiano, la justicia determinó que se estaban vulnerando los derechos fundamentales de Angie Marcela y de su hijo Santiago Isaías a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social, a la alimentación, a la unidad familiar y el principio del interés superior del niño, dado que el Estado colombiano, a través de la Cancillería de Colombia, no consideró la situación especial de los tutelantes. En consecuencia, no se percató de que ellos tenían la categoría constitucional de sujetos de especial protección, pues se trata de una mujer cabeza de familia y de su hijo, un menor de edad; por lo tanto, debían tener un trato diferencial en aras de garantizarles el derecho a la igualdad material, por lo que era determinante que se les brindara la asistencia humanitaria requerida de forma inmediata.

¿Qué decidió el Consejo de Estado?

El Consejo de Estado confirmó la decisión proferida por el Tribunal del Valle del Cauca, que amparó los derechos fundamentales que Angie Marcela y su hijo solicitaron que se les protegiera.

Para el Consejo de Estado, el hecho de que los tutelantes fueran sujetos de especial protección constitucional constituía una razón para que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Oficina Consular de carrera o la Misión Diplomática correspondiente, les prestara una atención inmediata aplicando un debido enfoque diferencial. Puntualmente, el fallo establece que, si bien la situación no se enmarca enmarcaba en los presupuestos del numeral 5 del artículo 2.2.1.9.3.4 del Decreto 1067 de 2015 [previo a hacer referencia a la competencia del ministerio para brindar ayuda a los connacionales en el exterior en estado de vulnerabilidad y al procedimiento que establece ese Decreto para el efecto], se precisó que era por las condiciones de la señora Angie Marcela López Acosta y su menor hijo, por la situación de la pandemia y del drama familiar, que se advirtió que no era posible agotar dicho procedimiento. En ese sentido, fue en razón de la urgencia e inminencia de la ayuda y, sobre todo, por la emergencia que atravesaban los dos países que no solo generó cierre de fronteras, sino el aislamiento preventivo en los respectivos territorios, ello con sus consecuentes repercusiones y circunstancias específicas del caso que ameritaron una orden de amparo.

Lo anterior era evidente, entre otros factores relevantes, con ocasión de la urgencia, la inminencia de la ayuda, la emergencia por la que atravesaban los dos países –que no solo generó cierre de fronteras, sino el aislamiento preventivo en los respectivos territorios–, por su situación económica y por las medidas administrativas adoptadas por el Gobierno de Colombia, que generaban una posición desventajosa con respecto a otros connacionales. Por lo anterior y en

atención a las circunstancias específicas del caso, se determinó que existía mérito para una orden de amparo.

La Alta Corporación tuvo en cuenta que se trataba de una mujer cabeza de familia, que su esposo había fallecido en la República de Argentina, que tiene un hijo menor de edad y que su llamado de auxilio fue insistente en señalar la falta de recursos para su manutención. Además, resultaba un hecho notorio su imposibilidad de trabajar en medio de una disposición de aislamiento, como ocurrió en ambos países en los últimos meses.

De igual forma, argumentó que no se trataba de una turista, de un funcionario o de un nacional que se encontrara en el exterior por un viaje de negocios, se trataba de una persona que, por razones de índole económica y por su reciente condición de viuda en medio de la pandemia, requirió ayuda para retornar al país de origen, donde se encuentran sus padres, que son adultos mayores.

El Consejo de Estado enfatizó en que el juez de tutela debe ser especialmente cuidadoso en conceder amparos que excedan abiertamente los ámbitos de competencia funcional de las distintas entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, máxime cuando acarrea obligaciones que generan una afectación en los presupuestos de estas. Sin embargo, aclara que no se podía pasar por alto cada caso en particular ni las circunstancias específicas de todas las personas que estando fuera del país manifestaran la necesidad de ayuda para retornar en el marco de la emergencia mundial por la presencia del COVID-19.

Por lo anterior, no desconoció la mención que se hizo del Decreto 1067 de 2015, que describe un procedimiento propio para que el Fondo Especial para las Migraciones brinde soporte y apoyo económico por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores en los casos especiales de vulnerabilidad

y por razones humanitarias, cuando se requiera asistencia y protección inmediata de nuestros connacionales en el exterior.

Sin embargo, dadas las especiales circunstancias del caso objeto de estudio, no era posible agotar dicho trámite para obtener la aprobación correspondiente, por un lado, debido a la urgencia e inminencia de la ayuda y, del otro, por la emergencia que atravesaban los dos países en ese momento, que no solo generó cierre de fronteras, sino el asilamiento preventivo en los respectivos territorios. Dicha situación tuvo consecuencias como la orden de amparo fallada por el juez constitucional de primera instancia.

Lo anterior, le permitió concluir que la competencia para dar cumplimiento a la orden de primera instancia se encontraba en cabeza del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin perjuicio de que, en aplicación del principio de coordinación administrativa, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la misma Presidencia de la República intervinieran en el cumplimiento de la decisión de tutela de primera instancia.

De acuerdo con las actuaciones informadas con posterioridad a la impugnación, se tuvo conocimiento que la señora López Acosta retornó a Colombia.

¿Por qué es importante esta sentencia?

La decisión del Consejo de Estado nos recuerda que, a partir de la Constitución Política de 1991, los poderes públicos se estructuraron en las bases de un modelo de Estado social de derecho, llevando a que todas las actuaciones de las instituciones públicas se fundamenten en el respeto y la garantía del derecho a la dignidad humana.

En ese sentido, las instituciones públicas deben garantizar en todo momento y lugar, sin importar que se declaren estados de excepción (producto de una guerra, conmoción interior, de orden económico, social y ecológico o de grave calamidad pública), los derechos y principios que en la Carta Política se establecieron, especialmente, el derecho a la igualdad material, como una forma de garantizar ininterrumpidamente que todos los colombianos dentro y fuera del territorio se les respete su dignidad y demás derechos fundamentales:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...] (Const., 1991, art. 2)².

Con fundamento en el principio a la dignidad humana y bajo el entendido de que existen grupos minoritarios que han padecido distintos tratos discriminatorios, el Consejo de Estado advirtió que las autoridades administrativas no pueden dar un tratamiento diferente a las personas, especialmente cuando se encuentran en estado de indefensión o debilidad manifiesta; por tanto, deben darles un trato igual entre desiguales y, como consecuencia, le ordenó garantizar la efectividad del derecho a la igualdad material realizando acciones afirmativas que busquen proteger a los que históricamente han estado en posiciones de debilidad manifiesta, como los menores de edad y la mujer cabeza de hogar:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará

² Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 2. 2. a ed. Editorial Legis.

medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan [Const., 1991, art. 13]³.

Por último, la sentencia le recuerda al Estado colombiano sus obligaciones adquiridas con la comunidad internacional a través de tratados y convenciones internacionales de protección de los derechos humanos. Menciona, además, la aplicación del interés superior del niño, principio que está declarado en un tratado internacional del cual Colombia hace parte⁴. Es importante resaltar que, precisamente, es en virtud de los tratados internacionales que se garantiza que las poblaciones vulnerables, como los niños, niñas y adolescentes, puedan ejercer plenamente el derecho a una igualdad real. El Estado colombiano tiene que honrar los compromisos y obligaciones que ha adquirido de manera libre y voluntaria con la comunidad internacional.

¿Para qué sirve esta sentencia?

Para saber que el Estado colombiano no puede abandonar a sus connacionales que están viviendo situaciones difíciles y ven amenazada la integridad de sus derechos fundamentales, especialmente si se trata de personas que son sujetos de especial protección por parte del Estado.

Así mismo, existen unas obligaciones constitucionales y legales del Estado colombiano con los connacionales que se encuentren en el exterior y requieran ayuda inmediata sin importar consideraciones presupuestales de las entidades

³ Ibidem, Artículo 13.

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, convertida en ley de la República a través de la Ley 12 de 1991, «Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989».

encargadas, pues la Cancillería debe prestar ayuda y asistencia a los colombianos que se encuentren en el exterior y que la requieran; además, tiene la obligación de ser un puente entre estos y la Oficina Consular o Misión Diplomática que corresponda.

¿Cuáles son los derechos que se analizan, protegen y reconocen en este fallo?

Los derechos fundamentales vulnerados a Angie Marcela y a su hijo Santiago Isaías fueron la vida, la salud, la integridad física, la seguridad social, la alimentación, la unidad familiar, los derechos de los niños y la garantía del principio de interés superior del niño.

¿A qué personas o grupo de personas beneficia esta decisión?

A los sujetos de especial protección constitucional que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son todas aquellas personas que se encuentran en una situación de desventaja de derechos frente a otras personas y, por lo tanto, el Estado debe realizar acciones afirmativas que busquen proteger a los que históricamente han estado en posiciones de debilidad manifiesta.

En el caso concreto, se analizó la situación de una madre cabeza de hogar y de su hijo menor de edad, ambos considerados como sujetos de especial protección constitucional.

¿Qué cambia?

El aporte de esta decisión consiste en que le recuerda al Estado que, en atención a las condiciones específicas y particulares que ameritan la intervención del juez constitucional, debe garantizarse el interés superior del menor de edad,

especialmente, en el marco de la emergencia económica, ecológica y social derivada de la pandemia por COVID-19. En tal sentido, les exigió a las autoridades demandadas que les faciliten al menor de edad y a su mamá la inclusión en un vuelo humanitario de repatriación a Colombia.