



**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

**CONCEPTO 32 DE 2019**

(abril 3)

**MEMORANDO**

**PARA: XXXXXXXXXXXXXXXX**

**Asunto:** Consulta sobre repatriación de jadolescentes y jóvenes migrantes vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes - SRPA-

Cordial saludo,

De manera atenta, nos permitimos dar respuesta a la consulta que elevó en relación con la solicitud de repatriación que realizó el Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (IDENNA) de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente respecto a dos adolescentes que se encuentran vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA). En este sentido, solicitó emitir concepto jurídico sobre algunos interrogantes, los cuales se expondrán más adelante según lo establecido en el numeral 4° del artículo 6° del Decreto 987 de 2012.

**1. ANTECEDENTES**

La solicitud de concepto plantea algunos aspectos en relación con la situación que transitan varios adolescentes y jóvenes de nacionalidad venezolana en el SRPA en Colombia, lo cual es un efecto directo del proceso migratorio y la situación humanitaria que atraviesa el Estado venezolano.

Ante esta situación, refirió, las diferentes entidades que conforman el SRPA aplican los procedimientos jurídicos y de atención de conformidad con el contexto, las necesidades y la garantía de los derechos de esta población que tiene la condición de migrante y en la mayor parte de los casos son niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de no acompañados en nuestro país.

No obstante, resaltó que existen vacíos normativos respecto al trámite a seguir cuando existe una solicitud de repatriación de adolescentes y jóvenes vinculados al sistema con o sin situación jurídica resuelta en relación con el proceso judicial penal.

En este contexto, el ICBF solicitó en el año 2017 conceptos jurídicos a otras entidades del Estado acerca de las solicitudes de repatriación de adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley penal de nacionalidad extranjera. En particular, el Instituto indagó con el Ministerio de Relaciones Exteriores -Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales-, el alcance del término "sentenciados" del artículo 1o del Reglamento sobre el procedimiento de repatriación de personas sentenciadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Ecuador, preguntando específicamente, si los adolescentes y jóvenes que hacen parte de los sistemas de justicia juvenil de ambos países se encontraban amparadas por este término.

Por competencia, el Ministerio de Justicia y del Derecho asumió el análisis de dicha solicitud y concluyó que existe un trámite administrativo para revisar las solicitudes de repatriación de personas privadas de la libertad mayores de edad más no para los menores de edad. En este sentido, concluyó que analizar solicitudes de repatriación respecto a jóvenes y adolescentes desbordaría su competencia, lo cual, en todo caso, no podría realizarse sin intervención del ICBF. Por lo anterior, hizo hincapié en la importancia de que se indague sobre un mecanismo que permita efectuar este tipo de procedimientos dirigido, en particular, a adolescentes en conflicto con la ley penal.

Concluye que actualmente el procedimiento de repatriación para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley penal no se encuentra regulado en normas especiales en el ordenamiento jurídico colombiano. Por tanto, se plantean los siguientes interrogantes:

--¿Respecto a la solicitud de repatriación efectuada por el Gobierno de Venezuela, en el caso de los adolescentes y jóvenes vinculados al SRPA es aplicable la normativa existente en materia de repatriación para los adultos vinculados a procesos penales?

--¿Respecto a la solicitud de repatriación de los adolescentes y jóvenes que están bajo el SRPA en Colombia, procede la aplicación del Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de Venezuela sobre el traslado de personas condenadas?

--¿Cuál es la entidad o las entidades estatales competentes para decidir respecto a las solicitudes de repatriación de adolescentes y jóvenes vinculados al SRPA?

--¿El procedimiento de repatriación de adolescentes y/o jóvenes en conflicto con la ley procede indistintamente en cualquiera de las etapas procesales judiciales?

--¿La solicitud de repatriación de adolescentes y/o jóvenes en conflicto con la ley procede para aquellos que aún no tienen definida su situación jurídica respecto del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos -PARD-?

--¿Procede la solicitud de repatriación que efectúan instituciones estatales del país de la nacionalidad del adolescente o joven en conflicto con la ley penal sin que medie solicitud expresa por parte del adolescente o de sus representantes legales?

--¿Qué aspectos deben tomarse en consideración cuando exista solicitud de repatriación de adolescentes y/o jóvenes vinculados al SRPA que sean migrantes no acompañados?

--¿Cómo se debe aplicar y proceder en relación con la solicitud de repatriación realizada por entidades estatales del país de origen, acerca de la garantía de “no separación de la familia” de la cual son titulares los menores de edad en condición de migrantes?

--¿Qué autoridad o autoridades estatales serían competentes para realizar el análisis de la compatibilidad del procedimiento de repatriación con las causas de la migración, las eventuales solicitudes de asilo o de protección internacional, el carácter de refugiado y el respeto y la garantía de los derechos del adolescente en su país de origen?

## **2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA**

Con el fin de dar respuesta a los interrogantes antes planteados es importante abordar los siguientes aspectos: (i) Contenido del Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de Venezuela sobre el traslado de personas condenadas (ii) Principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; derecho a la participación y a ser escuchado de los niños, niñas y adolescentes; (iii) Circunstancia de la migración y las condiciones que deben tomarse en consideración respecto a la situación de niños, niñas y adolescentes no acompañados. Con base en lo anterior, se responderán las cuestiones puestas a consideración de esta Oficina Asesora Jurídica.

### **(i) Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas**

Mediante Ley 250 de 1995 se aprobó el Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas (Repatriación), el cual se refiere a personas privadas de la libertad mayores de edad. Tanto la ley como el tratado fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-261 de 1996,<sup>[1]</sup> entre otras, con base en las siguientes consideraciones:

“(…) es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Es perfectamente razonable suponer que la repatriación de los presos puede favorecer su resocialización y fomenta la cooperación judicial entre los dos países, por lo cual esta Corporación concluye que el objetivo del tratado, contenido en el Preámbulo del mismo, encuentra claro sustento constitucional (...)

Con el tratado no sólo se busca facilitar un mejor y real conocimiento de los procedimientos y condiciones bajo los cuales opera el instrumento sino que además se pretende que las personas que potencialmente se puedan beneficiar con las repatriaciones conozcan con certeza las implicaciones de su traslado y sean protegidas en sus derechos. Estas disposiciones concuerdan plenamente con la Constitución pues protegen la dignidad y autonomía de los condenados, y armonizan tales valores con la propia función resocializadora del sistema penal (...)

La discrecionalidad y soberanía de los Estados al tomar una decisión de trasladar o no a una persona condenada no autorizan que Colombia pueda efectuar un manejo arbitrario interno de estos procedimientos, por cuanto el propio tratado consagra los requisitos para que se pueda efectuar un traslado, los procedimientos para llevar a cabo las peticiones, así como los criterios que deben orientar las decisiones que otorguen o nieguen una repatriación. Además, en el ámbito interno colombiano, esta discrecionalidad de las autoridades no significa que éstas puedan tomar medidas irrazonables, por cuanto, como esta Corte lo ha señalado en innumerables oportunidades, el ejercicio de las potestades discrecionales se debe entender limitado a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados a la autoridad por el ordenamiento jurídico".

Ahora bien, en Colombia la autoridad competente para decidir acerca de las solicitudes de repatriación es el Ministerio de Justicia y del Derecho. Ello, en virtud del Decreto 1427 de 2017,<sup>[2]</sup> artículo 7o, numeral 14, que atribuye como función de la Dirección de Asuntos Internacionales "Ejercer la Secretaría Técnica de la instancia competente para el Estudio de las Solicitudes de Traslado de Personas Condenadas, de acuerdo, con las normas que rigen la materia".

Así las cosas, es importante puntualizar respecto de las repatriaciones de personas privadas de la libertad contra quienes ya existe una condena lo siguiente: "[E]s un trámite administrativo por medio del cual una persona condenada y privada de la libertad en el exterior puede solicitar el beneficio de traslado a su país de nacionalidad, para terminar de cumplir la pena en un establecimiento penitenciario de su país".<sup>[3]</sup>

El tratado al que se viene haciendo referencia establece en el artículo V las autoridades centrales que ejercerán las funciones previstas en el mismo, en el caso de Colombia, es el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Así mismo, es importante tener presente el principio de reciprocidad diplomática en el derecho internacional público que tiene en cuenta como sujetos a los Estados. Este se refiere a la noción de "aplicación por la otra parte", esto es, la correspondencia que debe existir entre un Estado y otro <sup>[4]</sup> en la aplicación de un acuerdo, tratado o convenio.<sup>[5]</sup>

En contraste, el SRPA tiene como finalidad, tanto en el proceso como en las medidas que se adopten, un carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme con la protección integral (Artículo 140 de la Ley 1098 de 2006). Además, en este sistema se establecen sanciones no condenas.

Lo anterior se encuentra conforme con el artículo 40, numeral 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño que consagra la obligación de los Estados Parte de adoptar procedimientos específicos para los niños a quienes se pretenda atribuirles responsabilidad penal:

“3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes (...)”.

**(ii) Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional en razón a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran**

Es importante recordar la calidad de sujetos de especial protección constitucional que tienen los menores de 18 años, lo cual deviene del contenido del artículo 44 Superior y del principio del interés superior del menor de edad que está consagrado en diversos instrumentos **internacionales** y que integran el bloque de constitucionalidad,<sup>[6]</sup> esto, en razón a la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran.<sup>[7]</sup>

Específicamente, respecto al principio del interés superior de los menores de edad la jurisprudencia constitucional ha establecido **criterios jurídicos** para aplicarlo en casos concretos, de la siguiente manera: "(i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes".<sup>[8] [9]</sup>

Además, el **artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia** señala que: “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” y el **artículo 9 de esta misma normativa** consagra el principio de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así: "En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente". (Subraya fuera de texto).

Ahora bien, el principio del interés superior del menor de edad guarda una estrecha relación con el derecho a ser escuchado que establece el **artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños**, pues a través de este último se puede interpretar y realizar efectivamente otros derechos y principios como el que se viene mencionando.

Al respecto, el **Comité de los Derechos del Niño**, emitió la **Observación General N° 12** sobre el alcance de esta garantía, de la cual se destacan los siguientes puntos:

1. El derecho a expresar la opinión de manera libre en todos los asuntos que los/las afectan y, por tanto, que sus opiniones se tengan en cuenta debe realizarse teniendo en cuenta la edad y madurez de los menores de edad.

2. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho también a no ejercer esta garantía. Es decir, se trata de una opción no de una obligación y **“Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior”**. (Negrilla fuera de texto)

La **Sentencia T- 844 de 2011** <sup>[10]</sup> también enfatiza acerca de otros aspectos a considerar sobre la aplicación en cada caso concreto de esta garantía:

"2) Los Estados partes deben partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad. Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. 3) No existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, aún más, el Comité desaconseja que los Estados fijen una edad para restringir su derecho a ser escuchados.<sup>[11]</sup> 4) La disposición que se analiza no evidencia que la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. **'Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso'**. Y 5) Respecto a la madurez, va ligada con el nivel de comprensión de un asunto y la evaluación de sus consecuencias, podría definirse como **'la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (...) cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño'**". (Negrilla fuera de texto)

Nuestra legislación también reconoce el derecho a ser escuchado del menor de edad, específicamente, el **artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia** incluye el derecho al debido proceso, de la siguiente manera: “Los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados,

los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta" (Subraya fuera de texto).

**(iii) Circunstancia de migración y las condiciones que deben tomarse en consideración respecto a la situación de niños, niñas y adolescentes no acompañados**

Es importante advertir que las personas en situación de migración son sujetos de especial protección para los Estados por la indefensión en la que comúnmente se encuentran y que se deriva ante el desconocimiento de la forma en que opera el sistema jurídico local, la ausencia de lazos familiares y comunitarios, entre otros.<sup>[12]</sup>

Bajo esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que los Estados tienen la potestad de fijar políticas migratorias, lo cual no excluye que en desarrollo de la misma y los procedimientos que adelanten deben respetar los derechos humanos y garantizar su pleno ejercicio a toda persona que se encuentre en su territorio.<sup>[13]</sup> Es decir, que el ejercicio de la soberanía debe realizarse observando los derechos fundamentales, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.

Así mismo, el principio de no devolución contemplado en el **artículo 22, numeral 8º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** establece que "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas", lo cual, teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el **caso de la Familia Pacheco Tineo** no sólo opera para aquéllos que tienen la calidad de refugiados sino que puede operar a favor de quien sufra algún riesgo en su vida, integridad y/o libertad con independencia de su situación migratoria en el país donde se encuentre.

Lo anterior debe tenerse en cuenta, más aún, tratándose de niños, niñas y adolescentes, respecto a quienes la situación de migración ahonda su condición de vulnerabilidad. Así las cosas, según el estudio "Reflexiones sobre migración, niñez y adolescencia" realizado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM, 2015) "(...) el proceso de migración en general implica muchos riesgos a los cuales NNA se encuentran mayormente expuestos y los vuelven más vulnerables, sobre todo cuando están separados de sus familias o cuando son desplazados internos (...) Las situaciones de vulnerabilidad pueden ser mayores en los casos de las niñas víctimas de trata; los grupos étnicos; las personas desplazadas por la escasez de alimentos, los conflictos o los fenómenos naturales y las personas en condiciones de pobreza extrema, así como los niños no acompañados"<sup>[14]</sup>.

En cuanto a la protección de los NNA migrantes este organismo enfatiza sobre la importancia de que se tengan en cuenta sus vulnerabilidades y se les otorgue una protección especial con un **enfoque diferencial**. Así mismo, refiere que la protección integral implica el reconocimiento de esta población como sujetos plenos de derechos,

para lo cual se requiere el enfoque del Estado a través de políticas públicas, medidas legislativas y administrativas.

Adicional a lo anterior, existe un deber de protección internacional de los menores de edad, en particular, de los no acompañados. Al respecto, la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) ha realizado estudios en algunos países donde se observa este fenómeno en particular y refiere las siguientes recomendaciones:

“Recomendaciones del ACNUR para mejorar la protección de las niñas y niños migrantes no acompañados o separados:

- 1) Fortalecer la capacidad de los funcionarios en materia de protección de la infancia.
- 2) Reforzar los mecanismos de cooperación y coordinación. Reforzar el marco jurídico. Identificar alternativas a la detención para las niñas y niños migrantes.
- 3) Designar un tutor para el niño o la niña. Poner en práctica mecanismos para la detección y canalización de los niños y niñas con necesidad de protección internacional.
- 4) Garantizar procedimientos de asilo justos y eficaces para las niñas y los niños separados y no acompañados.
- 5) Valorar otras formas complementarias de protección adecuadas para los niños (...).<sup>[15]</sup>

En particular, puntualizó que en la valoración de otras formas complementarias de protección adecuadas de los NNA como la repatriación, esta “(...) no debe verse como el fin último que debe cumplirse a toda costa, pues pueden estar en juego otros factores como la amenaza a la vida de la niña o del niño tras la repatriación o las posibilidades reales de reinserción de los niños en el país de origen. La evaluación de estos elementos puede prevenir que los niños vuelvan a emigrar, en condiciones de mayor riesgo, luego de ser deportados (...).<sup>[16]</sup> y debe tomarse la decisión que materialice en mayor medida el interés superior del menor de edad.

### **3. CONCLUSIONES**

1. Teniendo en cuenta el principio de reciprocidad diplomática, el tratado suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas no es aplicable dicha normativa en el caso de los adolescentes y jóvenes vinculados al SRPA pues se trata de un instrumento que consagra un procedimiento específico para tramitar las solicitudes de repatriación de personas mayores de edad privadas de la libertad y que tienen una condena vigente.

En contraste el SRPA tiene un carácter diferenciado y una finalidad distinta al sistema penal que opera respecto a los mayores de edad, entre ellas, los jóvenes y adolescentes no tienen la calidad de condenados ni están cumpliendo una pena, por ello, las medidas que se adoptan tienen un carácter diferenciado respecto al sistema de adultos y el contenido del tratado está refiriéndose a una situación concreta del sistema penal que

opera para los mayores de edad que tienen la situación jurídica de condenados y están cumpliendo la pena con un procedimiento concreto que pactaron los países que se comprometieron a cumplir con lo allí dispuesto. Por tanto, se trata de hipótesis distintas y no hay lugar a su equiparación, menos si ello pretende realizarse de manera unilateral por uno de los Estados, lo cual desconocería principios internacionales que Colombia se ha comprometido a observar, como el de reciprocidad.

Así las cosas, en virtud de este principio internacional el Estado colombiano no puede otorgarle un alcance ni una interpretación distinta al tratado suscrito con el Estado venezolano pues para ello se requiere la aquiescencia de los dos sujetos a través de los canales diplomáticos dispuestos para el efecto donde se aclare el nuevo entendimiento que se le otorgará al texto inicialmente pactado.

Adicionalmente, equiparar los dos sistemas para efectos de surtir el trámite administrativo de repatriación que en la actualidad no está regulado para los niños, niñas y adolescentes, implicaría desconocer un enfoque diferenciado y lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la obligación de los Estados de adoptar procedimientos específicos para los niños de quienes se alegue han infringido la ley penal como también del deber de aplicar en toda actuación el principio del interés superior y la prevalencia de sus derechos sobre los de los demás.

Las anteriores consideraciones son también aplicables al evento que se plantea sobre la posibilidad de aplicar la normativa existente sobre repatriación en el ordenamiento jurídico colombiano para los adultos vinculados a procesos penales, cuya respuesta en los anteriores términos también se resolvería de manera negativa.

2. A pesar del vacío normativo en la materia, existen importantes principios en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos que pueden guiar la adopción de decisiones sobre repatriación de menores de edad, como el caso, de los jóvenes y adolescentes que se encuentran al amparo del SRPA, entre ellos:

(i) La calidad de sujeto de especial protección constitucional y el principio del interés superior del niño que debe primar sobre cualquier otro aspecto o interés legítimo, como los de los Estados, pues su fin es asegurar el desarrollo integral de los NNA.

(ii) El derecho a ser escuchado y que su opinión se tenga en cuenta ante eventuales procesos de repatriación como el caso que se consulta. Lo anterior implica resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico e integral, lo cual debe analizarse en cada caso concreto.

(iii) Principio de no devolución. Dicha medida no procedería si se verifica la existencia de un riesgo o peligro que amenace el desarrollo armónico e integral del menor de edad, pues la finalidad última de este tipo de medidas es su protección. Por tanto, deben tomarse en consideración las denuncias de la CADH sobre las graves violaciones de derechos humanos en Venezuela. Al respecto la CIDH publicó un informe sobre la situación de los derechos humanos en este país y refirió de manera específica su

preocupación acerca de reformas en materia penal que afecta el tratamiento diferenciado que se le debe otorgar a los adolescentes que infringen la ley.<sup>[17]</sup>

Así las cosas, aunque no existe un procedimiento de repatriación específico para menores de edad infractores de la ley penal, ello no obsta para que en la resolución de dichas peticiones se apliquen los principios y reglas constitucionales, y lo dispuesto en instrumentos internacionales para analizar si procede o no dicha solicitud. A la luz de lo anterior, deben analizarse las peticiones de repatriación de los jóvenes y adolescentes que se encuentran en el SRPA en cualquiera de las etapas procesales judiciales y también en aquellos eventos donde no se haya definido la situación jurídica del menor de edad.

Cabe anotar que si se llega a la conclusión de que la medida de repatriación es la opción en un caso concreto debe corresponder con la conclusión de que esta decisión es la que mejor satisface el interés superior del menor de edad porque se va a garantizar efectivamente la unidad familiar en su país de origen y todos sus derechos humanos.

3. Teniendo en cuenta que no existe un procedimiento administrativo reglado en el caso de los jóvenes y adolescentes infractores de la ley penal, debe procederse con base en los principios constitucionales y lo dispuesto en instrumentos internacionales para evitar incurrir en la adopción de medidas irrazonables y arbitrarias. En ese orden de ideas, si se observa el debido proceso como garantía axial en todo tipo de procedimiento, entre ellos el migratorio para mayores de edad, con mayor razón debe reforzarse respecto a los NNA.

Bajo esta perspectiva, antes de iniciar el trámite de la solicitud de repatriación, los jóvenes y adolescentes deben ser informados y conocer la implicación de su traslado y cómo se protegerían sus derechos humanos so pena de incurrir en la vulneración del debido proceso y sus garantías fundamentales. Debe garantizarse el derecho a ser escuchado del menor de edad y que su opinión sea tenida en cuenta. También debe notificarse y escuchar a las familias cuando ello sea posible, a los representantes legales o quien ejerce su custodia y cuidado acerca del inicio de dicha actuación.

4. En el caso concreto de los menores de edad migrantes no acompañados es importante indagar acerca de la filiación, circunstancias sociales y familiares de su entorno en el país de origen. Con base en la información que se obtenga y a la luz del principio del interés superior del menor de edad. Solo si se considera que la mejor opción es la reagrupación familiar (y que en efecto esta se llevará a cabo en el país de origen) o ponerlo a disposición de las entidades que protegen a los NNA en su país de origen con la protección de todas sus garantías fundamentales procedería el inicio de repatriación.

Es decir, la repatriación no procede de manera automática ni garantiza la reagrupación familiar per se sino que previamente deben analizarse varios elementos que permitan concluir que los derechos de los menores de edad serían garantizados.

En este evento deben analizarse las condiciones para que se dé efectivamente la reagrupación familiar del menor de edad o la efectiva protección de sus derechos por la

entidad competente en su país de origen como también que en el mismo cuentan con los medios y recursos para acogerlos en condiciones dignas y que no serán sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes ni cualquier desconocimiento de sus derechos humanos.

A la luz de lo anterior se aplicaría y procedería en relación con la solicitud de repatriación realizada por entidades estatales del país de origen acerca de la garantía de "no separación de la familia".

5. La realización del análisis de la compatibilidad del procedimiento de repatriación con las causas de migración, solicitudes de asilo o protección internacional, carácter de refugiado y respeto de los derechos del adolescente en su país de origen requiere de un trabajo articulado entre las distintas autoridades que intervienen en el trámite administrativo y judicial de los adolescentes extranjeros que infringen la ley penal, entre ellas podrían mencionarse la Cancillería- Ministerio de Relaciones Exteriores-, Ministerio de Justicia y del Derecho, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, Policía de Infancia y Adolescencia.

6. En definitiva, es de trascendental importancia construir un procedimiento que consagre los requisitos para recepcionar las solicitudes de repatriación de jóvenes y adolescentes que han infringido la ley penal, así como los criterios para orientar las decisiones bajo las cuales se otorgaría o negaría la solicitud de repatriación como también se especificarían las autoridades implicadas en la materialización de dicha actuación.

Cordialmente,

**MONICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA**

Jefe de Oficina Asesora Jurídica (E)

**<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.**

**1. M.P. Alejandro Martínez Caballero**

**2. "Por el cual se modifica la estructura orgánica y se determinan las funciones de las dependencias del Ministerio de Justicia y del Derecho".**

**3. <https://www.miniusticia.gov.co/Portals/0/pdfs/ABC%20Repatriaciones.pdf> consultado el 31 de marzo de 2019, 17:46pm.**

**4. Corte Constitucional, Sentencia C- 893 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo**

**5. "En el mismo sentido el artículo 226 ibídem establece que el Estado promoverá "la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas", pero advierte que ello se hará "sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional". Así mismo, cuando la Constitución se refiere a las relaciones exteriores del país, indica que su dirección estará basada en: (i) la**

soberanía nacional; (ii) el respeto a la autodeterminación de los pueblos; y (iii) el reconocimiento de los principios de derecho internacional, (art. 9 C.P.)" Sentencia C-155 de 2007. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

6. Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), principio II, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (artículo 19) y la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

7. "(...) la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad (...) Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral (...)". Corte Constitucional. Sentencia T-844 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

8. Corte Constitucional. Sentencia T-502 del 30 de junio de 2011. MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB".

9. Corte Constitucional. Sentencia T-844 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

10. Ibídem.

11. "En primer lugar (...) a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que (...) Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades (...) minorías (...) indígenas (...) migrantes y otros (...) en la Observación General número 12 de 2009 del Comité de los derechos del niño".

**12. Sentencia T-295 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado**

**13. Ibídem**

**14. Menores no acompañados son NNA (menores de 18 años de edad) en un país distinto del de su nacionalidad, que no viajan acompañados por sus padres u otros parientes, y no están al cuidado de ningún adulto, quien por ley o costumbre es responsable de ellos. Pueden carecer de experiencia y documentos legales, y por ello, en ocasiones, no pueden acceder a los servicios de protección social". Reflexiones sobre migración, niñez y adolescencia (OIM, 2015).**

**15. La Protección Internacional de las Niñas y Niños no acompañados o separados en la frontera sur de México (2006-2008).**

**16. Ibídem**

**17. Mediante Resolución 2/18 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través del informe de país Venezuela "Situación de derechos humanos en Venezuela" manifestó especial preocupación respecto a los adolescentes en conflicto con la ley penal. Expuso que: "En julio de 2015, se llevó a cabo una reforma penal de la Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes que, entre otras medidas, elevó la edad de imputabilidad a 14 años (...) la CIDH reitera su preocupación ante la edad de responsabilidad penal de los adolescentes y el incremento de las penas, pues erróneamente se les atribuye la responsabilidad por el clima de inseguridad y violencia. En este sentido, recuerda que las medidas tendientes a responsabilizar a los adolescentes por sus actos deben atender a la situación del adolescente en cada caso, y considerar medidas socioeducativas en el marco de un modelo de justicia restaurativa. La utilización generalizada de la privación de la libertad para adolescentes en conflicto con la ley penal es contraria a los estándares de derechos humanos y son no solo ineficientes, sino incluso contraproducentes para enfrentar la violencia e inseguridad".**

*Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*