



Sentencia T-530/19

Referencia: Expediente T-7.224.482

Acción de tutela interpuesta por Tirso Oriol Duarte Lescay, por intermedio de apoderado y en representación de su menor hijo Luciano Duarte León, contra la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El ciudadano cubano Tirso Oriol Duarte Lescay, actuando por intermedio de apoderado judicial y en representación de su menor hijo Luciano Duarte León, interpuso acción de tutela contra la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (en adelante, “Migración Colombia”), solicitando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana, a la familia y el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, los cuales considera que fueron vulnerados por la entidad accionada al haber expedido la Resolución de junio veintidós (22) de dos mil diecisiete (2017), confirmada por las Resoluciones de septiembre veintisiete

(27) del mismo año y de junio doce (12) de dos mil dieciocho (2018), por medio de las cuales fue sancionado con la medida de deportación y la prohibición de ingresar a este país por el término de tres (3) años.

2. Por lo anterior, formuló ante el juez de tutela las siguientes pretensiones: (i) conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, (ii) dejar sin efectos la resolución por medio de la cual se ordenó la deportación del accionante. De manera subsidiaria, solicitó que se ordenara a la entidad accionada suspender de inmediato los efectos del acto administrativo sancionatorio “*hasta tanto se resuelva la controversia en sede de medio de control*”¹. Adicionalmente, solicitó como medida provisional la suspensión de los efectos del acto administrativo que ordenó la deportación hasta tanto se resolviera la acción de tutela.

B. HECHOS RELEVANTES

3. Manifestó el apoderado judicial que el ciudadano cubano Tirso Oriol Duarte Lescay, de 41 años², es cantante y músico de profesión, con una carrera artística de más de veinte (20) años de experiencia y recorrido. Por este motivo, desde el año 1999 ha ingresado y salido de Colombia en múltiples ocasiones con visa de trabajo.

4. Refirió que, en el año 2012, mientras se encontraba en una presentación en la ciudad de Cali, el accionante conoció a la ciudadana colombiana Helen Elisa León Mesa, con quien afirmó contrajo matrimonio. Por ello, decidió radicarse en este país, cambiando su visa de trabajo por una visa de cónyuge de nacional colombiano, que le fue otorgada en dos ocasiones. De dicha unión nació el menor de edad Luciano Duarte León, el dieciocho (18) de febrero de 2015³. Tras el nacimiento de dicho menor, el actor inició los trámites para obtener la visa de residente.

5. Manifestó que, en octubre del año 2015, el accionante y su cónyuge decidieron de común acuerdo terminar la relación y separarse de hecho. Informó que en la actualidad la custodia del menor Duarte León está a cargo del tutelante, en razón a que la señora León Mesa (madre) se encuentra privada de la libertad en Estados Unidos de América, por el delito de “*tráfico sexual*”⁴.

6. Mediante Auto No.20167080118515 del veinticuatro (24) de octubre de 2016, el Director Regional Occidente de Migración Colombia ordenó dar apertura a la actuación administrativa en contra del accionante, con el objeto de

¹ Ver folio 11 del cuaderno No. 2.

² Según consta en la copia de la Visa tipo TP-10, equivalente hoy a Visa Migrante, autorizada el siete (7) de enero de 2014, con vigencia hasta el seis (6) de enero de 2017, el accionante nació doce (12) de abril de 1978. Ver folio 61 del cuaderno principal.

³ Según consta en la copia del Registro Civil de Nacimiento, el menor Luciano Duarte León, nacido el dieciocho (18) de febrero de 2015 en la ciudad de Cali, Colombia, es hijo de la ciudadana colombiana Helen Elisa León Mesa y del ciudadano cubano Tirso Oriol Duarte Lescay. Ver folio 38 del cuaderno No.2.

⁴ El apoderado del accionante aportó con el escrito de tutela copia de una noticia, sin fecha, publicada en la página web www.mundohispanico.com, en la que se relata que agentes federales de U.S.A. capturaron en la ciudad de Houston al señor Luis De Jesús Rodríguez y a su novia Helen León Mesa, por el cargo de tráfico sexual. Ver folio 41 del cuaderno No. 2.

verificar si había inducido a error al Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la presentación de un Registro Civil de Matrimonio “*espurio*”, para obtener las visas que le fueron expedidas el ocho (8) de febrero de 2013 y el siete (7) de enero de 2014⁵.

7. Agotadas las etapas del procedimiento administrativo de carácter migratorio, mediante Resolución No.20177080010676 de junio veintidós (22) de 2017, el Director Regional Occidente de Migración Colombia sancionó al actor por haber incurrido en la causal de deportación prevista en el numeral 4 del artículo 2.2.1.13.1.2 del Decreto 1067 de 2015⁶, esto es, por haber obtenido “*una visa mediante fraude al presentar un Registro Civil de Matrimonio espurio que indujo a error al Ministerio de Relaciones Exteriores para su legalización y permanencia en el territorio colombiano.*” En consecuencia, resolvió (i) deportar al ciudadano cubano; y (ii) prohibir su ingreso a este país por el término de tres (3) años, contados desde la fecha de su salida, advirtiéndole que solo podrá regresar con una visa otorgada por las oficinas consulares de Colombia. Para tal efecto, (iii) dispuso que se expidiera a nombre del sancionado el salvoconducto necesario para salir del país⁷. Así mismo, (iv) dispuso compulsar copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación “*con el fin de que investigue la ocurrencia del presunto delito de falsedad en documentos*”⁸. El accionante, por intermedio de apoderado judicial, formuló recurso de reposición, en subsidio apelación, contra esta decisión.

8. Mediante Resolución No.20177080016406 de veintisiete (27) de septiembre de 2017, el Director Regional Occidente de Migración Colombia confirmó la resolución cuestionada, al considerar que (i) las pruebas solicitadas por el apoderado fueron rechazadas de manera razonable por falta de pertinencia y conducencia; (ii) el principio de buena fe quedó desvirtuado, en tanto el extranjero no actuó con un mínimo de prudencia y cuidado al iniciar los trámites de la visa con base en un registro civil de matrimonio falso; y (iii) en la sentencia T-215 de 1996, la Corte Constitucional estableció que si bien prevalece el interés superior de los niños, esto no resulta compatible con los casos en que se comete una acción fraudulenta, tal y como ocurre en el asunto bajo estudio⁹.

9. Por medio de la Resolución No.20185020000296 de doce (12) de junio de 2018, la Subdirectora de Verificación Migratoria de la entidad accionada, resolvió el recurso de apelación en el sentido de confirmar la resolución del veintisiete (27) de septiembre de 2017, argumentando que, con independencia de la culpabilidad en la comisión de la conducta, se presentó el registro de un matrimonio inexistente para el trámite de la visa. Agregó que “*la aplicación de la sanción fue proporcional, objetiva y razonable, teniendo en cuenta las condiciones personales favorables [del accionante], entre ellas lo que respecta a la existencia de su menor hijo, no obstante que la unidad y continuidad de la*

⁵ Ver folio 50 del cuaderno No. 2.

⁶ Decreto 1067 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores*”.

⁷ Según consta en la copia simple de la Resolución No. 201770500000536 de enero veinticuatro (24) de 2017, expedida por Migración Colombia. Folios 15 a 17 del cuaderno No. 2.

⁸ Ver folios 16 a 19 del cuaderno No. 2.

⁹ Ver folios 82 a 85 del cuaderno No. 2.

familia de origen del menor fu[e] y se mantiene en estado de separación tal y como lo confiesa [el actor] (folio 64) y así fue verificado”¹⁰.

10. El apoderado informó que el ciudadano cubano residía en la ciudad de Cali, en compañía de su núcleo familiar integrado por su compañera permanente Katherine Trochez Gordillo y su menor hijo Luciano Duarte León. En el momento que Migración Colombia resolvió imponer la medida de deportación, el accionante se encontraba en una gira artística por España, la cual interrumpió para regresar al país, sin embargo, no fue posible por decisión de las autoridades migratorias¹¹.

11. Por lo anterior, el cinco (5) de octubre de 2018¹², el señor Tirso Oriol Duarte Lescay interpuso, por intermedio de apoderado y en representación de su menor hijo, acción de tutela contra Migración Colombia. Además de reiterar los argumentos expuestos en los recursos de reposición y apelación, alegó que el procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio *“estuvo plagad[o] de irregularidades pues el suscrito (...) durante la etapa probatoria solicito [sic] la práctica de testimonios, y aportó [sic] documentos que además de demostrar que mi poderdante no es responsable de ninguna infracción a la normatividad migratoria, pretendían demostrar que el mismo es padre de un menor de edad colombiano y que es él quien en la actualidad asume todos los gastos de MANUTENCIÓN, EDUCACIÓN y la CUSTODIA del menor LUCIANO DUARTE LEON, pues su madre la señora HELEN ELISA LEON MESA, se encuentra privada de la libertad en los Estados Unidos de América (...).”¹³.*

12. Con base en lo anterior, solicitó que se concediera el amparo de los derechos fundamentales invocados (ver supra, numeral 1) y, en consecuencia, se accediera a las pretensiones mencionadas con antelación en el numeral 2 de esta sentencia.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

13. La Jefe de la Oficina Jurídica de Migración Colombia, solicitó que se negaran las pretensiones del accionante, bajo el argumento que existen otros mecanismos judiciales ordinarios ante el juez administrativo, mediante los cuales el extranjero puede solicitar la protección de los derechos invocados. Además, manifestó que la entidad desarrolló el procedimiento administrativo de carácter sancionatorio de conformidad con lo dispuesto en la ley y bajo el pleno respeto de las garantías constitucionales. En ese sentido, señaló que el accionante, a través de su apoderado, fue notificado de todas las etapas e intervino para ejercer su derecho de defensa y contradicción¹⁴, de tal manera que no existió violación de derechos fundamentales.

¹⁰ Ver folio 100 del cuaderno No. 2.

¹¹ Ver folio 4 del cuaderno No.2.

¹² Ver folio 13 del cuaderno No.2.

¹³ Ver folio 4 del cuaderno No.2.

¹⁴ Migración Colombia aportó con la contestación de la acción de tutela, copias de los memoriales presentados por el apoderado del actor para (i) formular alegatos de conclusión e (ii) interponer los recursos de reposición,

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali, Valle del Cauca, el veintidós (22) de octubre de 2018

14. El Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali, Valle del Cauca, resolvió tutelar *provisionalmente* el derecho a la unidad familiar del menor de edad Luciano Duarte León, al considerar que estaba expuesto a la configuración de un *perjuicio irremediable*, debido a que su padre fue deportado del país, a pesar de que es el único que se ocupa de su cuidado. Para el juez de primera instancia, Migración Colombia dejó de estudiar esta circunstancia y, en efecto, desconoció que los derechos de los menores de edad y la unidad familiar “*prevalecen sobre los de los demás*”.

15. En consecuencia, resolvió amparar *provisionalmente y por un lapso de seis (6) meses a partir del ingreso al país del accionante*, “*la permanencia en Colombia, para proteger el derecho a la unidad familiar y demás inherentes al [hijo del actor]*”. En consecuencia, ordenó suspender por ese mismo lapso, los efectos de la resolución que impuso la medida de deportación, para que el extranjero ingresara al país y acudiera ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver su situación migratoria, “*sin que su regular permanencia se vea sometida al pago de ninguna sanción y atienda sus deberes familiares*”.

Impugnación

16. Migración Colombia recurrió la decisión de primera instancia, reiterando que la acción de tutela es improcedente porque el actor tiene a su disposición mecanismos judiciales ordinarios para reclamar la protección de sus derechos. Así mismo, advirtió que la orden impuesta por el juez de primera instancia representa un riesgo para la seguridad nacional, en tanto el extranjero obtuvo la visa de residente mediante la inducción a error del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Segunda instancia: sentencia proferida por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Valle del Cauca, el once (11) de diciembre de 2018

17. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó el fallo dictado por el juez de primera instancia, y en su lugar, negó el amparo de los derechos invocados. Argumentó que la acción de tutela no era procedente, en razón a que el accionante “*cuenta con otros mecanismos para el restablecimiento de sus derechos y así obtener la suspensión del acto administrativo y de forma definitiva la revocatoria de éste (...)*”. Agregó que este mecanismo de defensa judicial tampoco procede de forma transitoria porque no existía prueba de un perjuicio irremediable. En concreto, manifestó que “*no hay prueba que*

en subsidio apelación, contra el acto administrativo que ordenó la deportación y prohibición de ingreso al país por el término de tres (3) años. Ver folios 61 a 64 y 74 a 81 del cuaderno No. 2.

efectivamente el menor se encuentra en absoluto abandono (...), tampoco hay prueba que no exista familiares (...) que deban suplir a sus padres hasta tanto el padre realice las diligencias ante el Juez Natural (...)”.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

18. Mediante auto del veinte (20) de mayo de 2019, el Magistrado sustanciador, a fin de recaudar pruebas para mejor proveer, requirió al apoderado judicial del accionante, a Migración Colombia y al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que suministraran información relacionada con los hechos objeto del proceso.

Información allegada por Oscar Dicar Lizarazo Castillo, apoderado judicial del señor Tirso Oriol Duarte Lescay

19. El apoderado judicial del accionante, en atención a lo dispuesto en el auto de pruebas, aportó copia del poder especial para actuar en sede de revisión ante la Corte¹⁵ y suministró la siguiente información:

a. En cuanto a la situación actual del señor Duarte Lescay, informó que (i) se encuentra domiciliado en la ciudad de Cali, Valle del Cauca; (ii) la medida de deportación impuesta en su contra está vigente; (iii) por lo que, considera que es imposible realizar cualquier trámite administrativo tendiente a regularizar su situación en territorio colombiano.

b. Manifestó que el menor Luciano Duarte León reside en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, en compañía de “*su bisabuela BLANCA JAIDIVE CARDONA DÍAZ, (...) su abuela ADRIANA MERCEDES MESA CARDONA, (...) de profesión independiente, su hermana de madre, la menor NAISHA DUQUE LEÓN, de profesión estudiante y su padre TIRSO ORIO DUARTE LESCAY, de profesión Artista y/o Cantante.*”¹⁶. Informó que los ingresos del hogar provienen de los recursos que aporta el accionante, quien figura como cotizante en la E.P.S. Salud Total y tiene afiliados como beneficiarios a sus dos hijos menores.

c. Adujo que, si bien la situación familiar, personal, social y de salud del menor Luciano Duarte León no es la mejor por la ausencia de su madre, en todo caso, se encuentra estable gracias a la relación que mantiene con su padre, su bisabuela y su abuela. En ese sentido, informó que la custodia del niño está en cabeza del accionante y que no han iniciado acciones legales ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la Comisaria de Familia de Cali.

d. Señaló que el accionante *no ha activado* el medio de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹⁵ Ver folios 103 y 104 del cuaderno principal.

¹⁶ Ver folio 86 del cuaderno principal.

e. Refirió que, con relación a la compulsión de copias ordenada en su contra por la presunta comisión del delito de falsedad en documento público, no encontró radicado alguno en el sistema de información de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Cali. Por otro lado, señaló que la Fiscalía 67 Seccional de Cali fue la asignada para dar impulso a la denuncia penal que presentó por haber sido víctima del fraude en el registro de su matrimonio, actuación que se encuentra en etapa de indagación¹⁷.

f. Informó el apoderado judicial que ha presentado dos acciones de tutela, en representación del accionante, contra Migración Colombia. La primera, motivada por el rechazo de todas las solicitudes de práctica de pruebas en el procedimiento administrativo de carácter migratorio¹⁸. La segunda, por los hechos que ahora ocupan la atención de la Corte.

g. Por último, manifestó que, en consideración a que el actor sale con frecuencia del país para atender compromisos profesionales, previeron de mutuo acuerdo mantener poder especial para actuar firmado y autenticado, para que en caso de que él estuviera de gira y fuera necesario interponer acción de tutela, el apoderado pudiera hacerlo¹⁹.

Información allegada por Migración Colombia

20. En respuesta al requerimiento realizado por la Corte, Migración Colombia remitió en formato digital copia íntegra del expediente administrativo migratorio del accionante²⁰ y copia del informe rendido por la Regional Occidente de Migración Colombia, el veintinueve (29) de mayo de 2019, con relación al procedimiento sancionatorio que concluyó con la medida de deportación. Así mismo, respondió a los interrogantes formulados en el auto de pruebas, de la siguiente manera:

a. *¿Migración Colombia indagó y/o investigó acerca de la situación familiar y personal del accionante y de su hijo menor, previo a la expedición del acto administrativo sancionatorio?* La entidad manifestó que “conocía que el extranjero tiene un hijo colombiano menor de edad; se indagó la situación familiar de este, siendo informados por parte de la madre del menor que él se encontraba bajo su cuidado y el de su abuela materna.”²¹.

b. *¿De qué forma fue tenido en cuenta el vínculo familiar entre el accionante y su hijo menor, así como la presunta ausencia de familia cercana que pudiera cuidar de aquel, en el trámite del procedimiento administrativo*

¹⁷ Según consta en la copia de la Constancia de Investigación expedida por la asistente del Fiscal 67 Seccional Cali, el treinta (30) de mayo de 2019. Ver folio 90 del cuaderno principal.

¹⁸ La demanda de tutela primigenia, admitida el trece (13) de marzo de 2017, correspondió por reparto en primera instancia al Juzgado Trece de Familia de Oralidad de Cali, quien negó el amparo solicitado, y en segunda instancia a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien confirmó la decisión del *a quo*. El número de radicado de dicho proceso es 76001311001320170003400. Ver folios 91 a 102 del cuaderno principal.

¹⁹ Adicionalmente, el apoderado judicial solicitó a la Corte la recepción de la declaración juramentada del accionante, para constatar la información relatada en la respuesta y ampliar los detalles sobre lo que se estimara pertinente.

²⁰ Ver folio 56 del cuaderno principal.

²¹ Ver folio 53 del cuaderno principal.

sancionatorio de naturaleza migratoria y en la determinación de la sanción de deportación? La entidad afirmó que el vínculo entre el actor y su hijo “*no era muy estrecho, debido a que el menor NO se encontraba bajo el cuidado de su padre, sino el de su madre y abuela materna*”²². Ello, entre otras razones, porque el accionante por su profesión de músico se encuentra “*continuamente fuera del país*”. Por este motivo, consideró que la medida de deportación por tres (3) años, es proporcional, objetiva y razonable respecto de la infracción cometida, y no desconoce el derecho a la unidad familiar.

c. *¿Cuáles son los criterios jurídicos que Migración Colombia aplica en el marco de los procesos administrativos sancionatorios por infracciones a la normatividad migratoria, para garantizar los derechos de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella?* La entidad señaló que los criterios jurídicos y jurisprudenciales aplicados por la Regional Occidente de Migración Colombia son los establecidos por la Corte en la sentencia T-215 de 1996. Además, manifestó que, en el caso concreto, actuó conforme a los lineamientos previstos en la Resolución No.714 de 2015, pues valoró el grado de la infracción del actor y verificó las circunstancias del núcleo familiar de su menor hijo, con el fin de determinar con quienes convivía, y de esa forma garantizar su derecho a la unidad familiar. En virtud de tales averiguaciones, constató que el niño reside con su abuela materna, quien manifestó que el extranjero visita esporádicamente a su hijo y que los aportes económicos que este realiza son insuficientes para su manutención²³. Por lo anterior, afirmó que no se viola el derecho a la unidad familiar del menor.

d. Con relación a la ubicación actual del accionante, la entidad informó que este realizó inmigración al país el veintiuno (21) de noviembre de 2018 por el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón de Palmira, y la última dirección de contacto es en la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

e. En cuanto al estado actual de la compulsa de copias ordenada por Migración Colombia contra el accionante por la presunta comisión del delito de falsedad en documento público, informó que la entidad se encuentra adelantando los trámites correspondientes para entregar la información a la Fiscalía General de la Nación.

Información allegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores

21. El Ministerio de Relaciones Exteriores, en respuesta a la información requerida por la Corte, además de aportar la copia de las actuaciones

²² Ibidem.

²³ Según consta en la copia del Acta de Visita de Verificación Migratoria, expedida el treinta (30) de mayo de 2019, los funcionarios de Migración Colombia visitaron el inmueble en el que reside el niño Luciano Duarte León, hijo del accionante, y Adriana Mesa Cardona, abuela materna del menor, para realizar verificación de carácter migratorio soportado en la Orden de Trabajo No.1044. En el trámite de la diligencia la señora Mesa Cardona informó lo siguiente: “(...) el menor Luciano Duarte León se encuentra a su cuidado actualmente, desde que la madre del menor la señora HELEN ELISA LEÓN [sic] salió del país. El menor LUCIANO [sic] se encuentra estudiando en la guardería “LA CASITA DEL RUISEÑOR” [sic]. Esporádicamente el señor TIRSO ORIOLO [sic] aporta a la manutención del niño y lo visita de vez en cuando, ya que lleva una vida muy desordenada.”.

administrativas de las solicitudes de visas presentadas por el actor, manifestó lo siguiente:

a. Informó que este Ministerio ha expedido dos (2) tipos de visa al accionante. La primera le fue autorizada el siete (7) de enero de 2014, con vigencia hasta el seis (6) de enero de 2017, tipo TP-10, equivalente hoy a Visa Migrante por vínculo con nacional colombiano, estado actual: vencida. La segunda le fue otorgada el siete (7) de enero de 2014, en calidad de Residente con fecha de vigencia de la etiqueta hasta el once (11) de octubre de 2020; sin embargo, el estado actual es cancelada por deportación. Agregó que no se encuentran más solicitudes de visas a nombre del accionante²⁴.

b. Refirió que los requisitos comunes para cualquier tipo de solicitud de visa están establecidos en el artículo 36 de la Resolución 6045 de 2017 y los requisitos específicos para la visa Migrante por Vínculo Marital (cónyuge o compañero permanente de nacional colombiano) están previstos en el artículo 43 de la resolución precitada²⁵. Adicionalmente, realizó una descripción del trámite para las solicitudes de visas.

c. En lo que respecta al trámite de la visa Migrante por cónyuge o compañero permanente nacional colombiano, informó que el registro civil de matrimonio debe ser presentado en copia auténtica, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Resolución 6045 de 2017. Este documento y los demás exigidos para la expedición de la visa son sometidos a diferentes procesos de verificación, tales como la entrevista a los cónyuges, la revisión del historial migratorio del extranjero, entre otros, que permiten evidenciar la *affectio maritalis* y no el compromiso con fines migratorios.

22. Finalmente, en cumplimiento de lo dispuesto por este despacho en el auto de pruebas del veinte (20) de mayo de 2019, la Secretaría General de esta Corte puso a disposición de las partes o terceros con interés la información allegada en sede de revisión. En respuesta a lo anterior, el apoderado judicial del actor intervino a fin de ratificar los argumentos que sustentan la solicitud de amparo²⁶.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

²⁴ Ver folio 57 del cuaderno principal.

²⁵ La Resolución 6045 de 2017, en el artículo 43 establece: “1. *Copia auténtica del Registro Civil de Matrimonio colombiano, o de la Escritura Pública, Providencia Judicial o Acta de Conciliación en donde se declara la existencia de la Unión Marital de Hecho.* 2. *Carta de solicitud de la visa suscrita por el cónyuge o compañero permanente colombiano acompañada de copia sencilla de la cédula de ciudadanía y poder especial otorgado por este al extranjero para solicitar dicha visa. (...)*”.

²⁶ Ver folios 105 a 108.

23. Esta Corte es competente para conocer de estas acciones de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del quince (15) de marzo de 2019, notificado el primero (1º) de abril del mismo año, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Tres de esta Corte, que decidió seleccionar para revisión el proceso de la referencia.

B. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

24. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia²⁷ y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección *definitivo* (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. Así mismo, procederá como mecanismo *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario²⁸.

25. Antes de realizar el estudio de fondo de la acción de tutela seleccionada, la Sala procederá primero a verificar si esta cumple los requisitos formales de procedibilidad.

Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

26. *Legitimación por activa:* Al regular la acción de tutela, la Constitución establece quiénes son los legitimados para interponerla. Dice al respecto el artículo 86: “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales” (Subrayado fuera del texto original). En desarrollo de esta norma, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reguló las distintas hipótesis de legitimación en la causa por activa, de la siguiente forma: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos” (Subrayado fuera de texto original).

²⁷ Ver, entre otras, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

²⁸ Decreto 2591 de 1991, artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. “Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. (...)”.

27. Con base lo anterior y en cuanto a la posibilidad que tiene el extranjero de interponer la acción de tutela, la Corte en la sentencia T-250 de 2017 señaló que, la legitimación en la causa por activa radica en el titular de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados, sin distinción alguna por razones como, por ejemplo, la nacionalidad o la ciudadanía, lo que indica que un extranjero puede hacer uso de ella²⁹.

28. En el caso concreto, la acción de tutela que se revisa fue presentada por el señor Tirso Oriol Duarte Lescay, por intermedio de apoderado judicial y en representación de su mejor hijo Luciano Duarte León, el cinco (5) de octubre de 2018. No obstante, llama la atención de la Sala que el abogado adjuntó el poder especial que le fue conferido por el accionante ante la Notaría Octava del Círculo de Cali, el treinta y uno (31) de agosto de 2017³⁰. En esta fecha Migración Colombia no había proferido aún las resoluciones por medio las cuales resolvió los recursos de reposición y en subsidio apelación (septiembre de 2017 y junio de 2018), que fueron interpuestos contra el acto administrativo de deportación, y que se atacan mediante la presente acción de tutela.

29. La anterior situación, aunque no fue advertida por los jueces de primera y segunda instancia, es una inconsistencia que, *prima facie*, pone en duda la existencia de un mandato específico para que el abogado actuara en este proceso de tutela³¹, puesto que la fecha en la que se confirió el poder especial para la interposición de la solicitud de amparo es anterior a los hechos que motivaron las presente acción de tutela (actos administrativos que resolvieron los recursos de reposición y en subsidio apelación). Sin embargo, advierte la Sala que desde el veintidós (22) de junio de 2017, ya se había sancionado al actor por haber incurrido en la causal de deportación (numeral 4 del artículo 2.2.1.13.1.2 del Decreto 1067 de 2015), lo cual justificaba que el accionante hubiese otorgado poder especial para la interposición de la acción de tutela a su apoderado, con el fin de que por esta vía procurara la defensa de los derechos fundamentales y los de su menor hijo que consideró amenazados. Adicionalmente y teniendo en cuenta que en el escrito de tutela se alega la violación de los derechos del hijo menor del accionante, la Corte, en sede de revisión, decretó la práctica de pruebas, a fin de determinar si el apoderado judicial estaba o no autorizado para representar los intereses del extranjero y de su mejor hijo (ver *supra*, numeral 19).

²⁹ Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, “*todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia.*” Ver, entre otras, sentencias T-1020 de 2003, T-493 de 2007, T-250 de 2017.

³⁰ Ver folios 14 y 15 del cuaderno No.2.

³¹ En la sentencia T-01 de 1997, la Corte se pronunció acerca del ejercicio de la acción de tutela mediante apoderado judicial, señalando que, “*(...) no obstante la informalidad propia de la tutela y la presunción de autenticidad que el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece a favor de los poderes presentados, es entendido, por las características de la acción, que todo poder en materia de tutela es especial, vale decir, se otorga una sola vez para el fin específico y determinado de representar los intereses del accionante en punto de los derechos fundamentales que alega, contra cierta autoridad o persona y en relación con unos hechos concretos que dan lugar a su pretensión.*” En ese sentido, la jurisprudencia ha establecido que, por regla general, el abogado no está autorizado para instaurar acción de tutela en nombre de su prohijado, aduciendo la representación judicial que ejerció en proceso diferente, aunque también sea otro de amparo constitucional. Ver sentencia T-088 de 1999.

30. En respuesta a dicho requerimiento, el accionante allegó a la Corte la copia del poder especial que confirió a su apoderado, para que en su nombre y en representación de su hijo menor, actúe “*en el proceso de revisión del fallo de tutela*”³². Con base en lo anterior, y debido a que es un criterio reiterado de la Corte el que los extranjeros que no residan en el territorio nacional, pueden solicitar vía acción de tutela la protección de sus derechos fundamentales y de sus menores hijos “*cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia*”³³, la Sala considera que la demanda de tutela objeto de estudio cumple con el requisito de la legitimación en la causa por activa.

31. *Legitimación por pasiva:* La acción de tutela se dirige contra Migración Colombia, entidad que cuenta con personería jurídica, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto Ley 4062 de 2011. Se trata entonces de una autoridad pública, por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos del artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

32. *Inmediatez:* Conforme a lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y el alcance que le ha dado la jurisprudencia constitucional al principio de inmediatez, la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un término prudente y razonable respecto del momento en el que presuntamente se causa la vulneración³⁴. Cabe anotar que la razonabilidad del término no se valora en abstracto, sino que corresponde al juez de tutela evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un término razonable.

33. En el caso bajo estudio, la acción de tutela que se revisa se radicó el cinco (5) de octubre de 2018 y fue admitida este mismo día por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali³⁵. El último acto que el accionante considera lesivo de sus garantías constitucionales es la Resolución del doce (12) de junio de 2018, notificada el doce (12) de septiembre del mismo año³⁶, por medio de la cual, la Subdirectora de Verificación de Migración Colombia resolvió el recurso de apelación y confirmó la medida de deportación dispuesta a través de la Resolución del veintidós (22) de junio de 2017. Conforme a lo anterior, considera la Sala que entre la fecha en la que fue notificado el último acto administrativo que dejó en firme la decisión atacada, y el momento de la presentación de la solicitud de amparo, transcurrió menos de un mes, lo cual, a la luz de la jurisprudencia constitucional, se ha considerado un plazo prudente y razonable para el ejercicio de la acción de tutela³⁷.

34. *Subsidiariedad:* En el presente caso, el demandante alega que las resoluciones por medio de las cuales, Migración Colombia ordenó la deportación y fijó la prohibición de ingresar al país por el plazo de tres (3) años, violan sus derechos fundamentales. Al respecto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fungiendo como juez de segunda instancia

³² Ver folios 103 y 104 del cuaderno principal.

³³ Ver, entre otras, sentencias T-1020 de 2003, T-493 de 2007, T-250 de 2017.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992.

³⁵ Ver folios 45 y 46 del cuaderno No.2.

³⁶ Ver folio 103 del cuaderno No.2.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-295 de 2018.

de tutela, consideró que la acción de tutela era improcedente, al considerar que el actor tenía la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y, en ese trámite, solicitar que se decreten las medidas cautelares a fin de que se suspendan los efectos de los actos administrativos acusados.

35. Por lo anterior, la procedencia o no de la acción de tutela está supeditada a que la Sala verifique si existe un medio ordinario de defensa judicial que sea idóneo y efectivo para lograr las finalidades de la tutela, esto es, el restablecimiento y protección de los derechos fundamentales vulnerados.

36. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la tutela “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de esta acción la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a ella como mecanismo transitorio para remediar un perjuicio irremediable.

37. En la sentencia T-143 de 2019, la Corte se pronunció acerca de la procedibilidad de la acción de tutela cuando a través de esta se pretende dejar sin efectos las decisiones de la Administración que definen la situación migratoria de un extranjero en el país. En efecto, señaló que, por regla general, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es idóneo y eficaz para controvertir la legalidad de los actos administrativos, por medio de los cuales, la autoridad migratoria ordena la deportación o expulsión de un extranjero del territorio nacional. En el marco de este trámite, el interesado puede incluso solicitar ante el juez de lo contencioso administrativo que adopte medidas cautelares con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia³⁸.

38. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela, excepcionalmente, puede proteger los derechos que puedan verse afectados por las medidas administrativas migratorias, en razón al mayor grado de idoneidad y eficacia que este medio puede adquirir frente a las medidas cautelares dispuestas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así lo ha determinado esta Corte, al tener en cuenta que: (i) mientras el fallo de tutela, por regla general, produce efectos definitivos, las providencias que decretan cualquiera de las medidas cautelares de las que trata el CPACA, surten efectos transitorios; y (ii) el tiempo legal establecido para la resolución de la medida cautelar, que puede tardar más de diez (10) días³⁹, excede los límites temporales

³⁸ Ley 1437 de 2011, Capítulo XI, artículos 229 al 241.

³⁹ El artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 establece que, por regla general, cuando se solicite el decreto de una medida cautelar el juez debe correr traslado de esta al demandado, para que este se pronuncie en el término de “cinco (5) días” (se advierte que el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 contempla las medidas cautelares de urgencia. La disposición establece que desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite regular previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la

perentorios en los que se debe resolver una acción de tutela, para lo cual, “[e]n ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”⁴⁰.

39. En esa misma línea, la Corte ha señalado que la idoneidad y eficacia del medio de control ante el juez administrativo, en los casos donde la decisión de la autoridad migratoria (deportación, expulsión y prohibición de ingresar al país) puede llegar a afectar los derechos de los niños y las niñas a la unidad familiar, debe evaluarse de cara a las circunstancias particulares en las que aquellos se encuentren, de tal manera que se realice el principio de interés superior del menor, al tiempo que se garantice la protección reforzada que la Constitución y los instrumentos de derecho internacional les reconocen⁴¹.

40. En el asunto bajo estudio, en principio, el mecanismo de defensa judicial diseñado para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales Migración Colombia resolvió sancionar con la medida de deportación al actor es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, considera la Corte que, de cara a las circunstancias particulares del caso concreto y en aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos con antelación (ver *supra*, numerales 38 y 39), la acción de tutela es la vía judicial idónea y eficaz para resolver de manera definitiva la solicitud de protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante, en nombre propio y en representación de su mejor hijo.

41. Los elementos de prueba que reposan en el expediente advierten la urgencia de pronunciarse de manera definitiva sobre la eficacia del derecho del hijo menor del accionante a tener una familia y no ser separado de ella. En efecto, la vigencia de la medida de deportación contra el accionante y la información alusiva a la privación de la libertad en el extranjero de la madre del menor, *prima facie*, permiten inferir que la materialización de la sanción de carácter migratorio podría llegar a afectar el bienestar y el núcleo familiar del menor Luciano Duarte León, comoquiera que lo distanciaría de su padre, por lo menos, por el término de tres (3) años, aun cuando, de acuerdo con la información suministrada en sede de revisión ante la Corte (ver *supra*, núm. 19 y 20), es el accionante quien asume el cuidado y manutención del menor de edad.

42. Por lo anterior, y en contraste con lo sostenido por el juez de tutela de segunda instancia, concluye la Sala que, en razón al riesgo que conlleva la inmediata salida del país del actor para el derecho a la unidad familiar de su menor hijo y en atención a la situación personal y familiar en la que este se

decrete). Vencido este último, según el mismo precepto, el funcionario cuenta con un término de “diez (10) días” para proferir el auto que decida las medidas cautelares. Contra la decisión que las concede proceden los recursos de apelación y súplica, según el caso, los cuales se confieren en el efecto devolutivo (de acuerdo con el numeral 2 del artículo 323 del Código General del Proceso, ello supone que no se suspende el cumplimiento de la providencia, ni el curso del proceso) y deben ser resueltos en un término máximo de 20 días. Ver, sentencia C-284 de 2014.

⁴⁰ Constitución Política, artículo 86.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencias T-215 de 1996, T-956 de 2013, T-500 de 2018, entre otras.

encuentra, no es dado someter la solución de fondo del caso concreto a los términos ordinarios de un proceso judicial de carácter administrativo. En este caso, la competencia residual del juez de tutela se habilita para resolver con prontitud los cargos y las pretensiones formuladas por el accionante y, en efecto, pronunciarse acerca de la eficacia de los derechos fundamentales de su hijo, quien, por su condición de menor de edad, es un sujeto de especial protección constitucional, lo que permite a su vez flexibilizar el análisis de procedencia de la acción de tutela⁴².

43. Sobre la base de las anteriores razones, la Sala considera que se encuentran acreditados los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela. Por ello, procederá a emitir una decisión de fondo sobre el problema jurídico que emerge de los hechos expuestos en el caso concreto.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

44. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I anterior de esta providencia, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si Migración Colombia vulneró el derecho al debido proceso administrativo del señor Duarte Lescay y el derecho de su menor hijo a tener una familia y no ser separado de ella, por proferir en su contra una medida de deportación del país, con la prohibición de ingreso por el término de tres (3) años, sin haber comprobado la responsabilidad administrativa del extranjero, por un lado, ni haber analizado el vínculo familiar que mantiene con su hijo, por el otro.

45. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala, primero, reiterará el marco normativo relacionado con los derechos y deberes de los extranjeros. Segundo, analizará el alcance del derecho al debido proceso de los extranjeros en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio. Tercero, estudiará el contenido del derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia y no ser separados de ella. Finalmente, con base en ese marco de análisis, se procederá a resolver el caso concreto.

D. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS Y SU DEBER DE CUMPLIR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

46. En cuanto a la condición jurídica de los extranjeros, el artículo 100 de la Constitución Política prescribe que *“los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”*. Así mismo, esta disposición consagra que los extranjeros gozarán de las mismas garantías concedidas a los nacionales, salvo las excepciones contempladas en la Constitución o la ley y precisa cuestiones relacionadas con los derechos políticos.

⁴² En ese mismo sentido, se pueden consultar lo dispuesto por la Corte en las sentencias T-215 de 1996, T-956 de 2013, T-500 de 2018, entre otras.

47. Unido al reconocimiento de derechos a los extranjeros, el Constituyente, en el artículo 4° de la Carta, estableció que estas personas, al igual que los nacionales colombianos, tienen el deber de acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

48. La Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia SU-677 de 2017, se pronunció acerca de las implicaciones que se derivan de los preceptos constitucionales precitados. En concreto, señaló que estas normas (i) garantizan a los extranjeros un tratamiento en condiciones de igualdad en materia de derechos civiles; (ii) aseguran la protección jurídica de las garantías constitucionales a las que tienen derecho por su calidad de extranjero⁴³; y (iii) establecen en cabeza de estas personas la responsabilidad de acatar y cumplir de manera estricta con los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico exige a todos los residentes en el territorio nacional. Sobre este punto, en múltiples ocasiones⁴⁴, este Tribunal ha determinado que del reconocimiento constitucional de derechos se deriva para los extranjeros el deber de cumplir la Constitución Política y la ley, y por consiguiente, la carga de responder ante las autoridades competentes cuando desconozcan o incumplan las obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone.

49. En el caso concreto de los deberes consagrados en el régimen migratorio y las posibles consecuencias que se derivan de su incumplimiento, la Corte ha reiterado que si bien es cierto el Estado tiene la potestad para definir la permanencia del extranjero en el territorio nacional con el fin de salvaguardar fines constitucionales imperiosos (ver *infra*, sección II.E), también lo es que el ejercicio de esta atribución exige el cumplimiento de las garantías que se desprenden del derecho fundamental al debido proceso. A continuación, analizará la Sala la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el alcance del derecho al debido proceso en el marco del proceso administrativo sancionatorio de carácter migratorio.

E. ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE CARACTER MIGRATORIO

50. De acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del artículo 189 de la Constitución, le corresponde al Presidente de la República dirigir las relaciones internacionales del Estado, lo cual incluye la facultad de definir políticas migratorias que regulen el ingreso, la permanencia y la salida de personas de su territorio. En desarrollo de lo anterior, y en virtud del principio constitucional de soberanía, la autoridad migratoria ha sido investida de la facultad discrecional para determinar las condiciones de acceso, permanencia y salida del país respecto a los nacionales y aquellos que no lo son, con sujeción a los

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-216 de 1996.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencias T-215 de 1996, T-321 de 1996, T-321 de 2005, T-250 de 2017, SU-667 de 2017.

tratados internacionales⁴⁵. En el caso de los extranjeros, la rama ejecutiva en ejercicio de su potestad de configuración en materia migratoria, ha diseñado los procedimientos para regular su permanencia en el territorio nacional y, así mismo, sancionar a aquellos que han incumplido con los deberes y las obligaciones consagradas en el ordenamiento jurídico (Art. 4 C.P.). Lo anterior, con el propósito de asegurar los fines esenciales del Estado, esto es, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y valores, asegurar la convivencia pacífica y el respeto por la vigencia de un orden justo (Art. 2 C.P.).

51. Con relación a la naturaleza de los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio, la Corte ha precisado que, conforme a lo establecido en el artículo 100 de la Carta y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional⁴⁶, la discrecionalidad del Estado para crear los procedimientos y definir la situación migratoria del extranjero, no puede entenderse como una potestad arbitraria exógena al Estado constitucional⁴⁷.

52. En efecto, derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, ha sido definido como el derecho que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga, para efecto de hacer valer sus derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo⁴⁸. A partir de la revisión de varios fallos de tutela que versaban sobre hechos similares a los que ahora ocupan la atención de la Sala, la Corte ha señalado que la autoridad migratoria es responsable de que, en el curso de los procesos sancionatorios que le corresponde adelantar, se garanticen, por lo menos, los siguientes elementos:

- a. El Estado debe garantizar el derecho de defensa y contradicción a los extranjeros contra los que se dirige el proceso administrativo sancionatorio, lo cual, presupone que estos deben conocer y comprender el trámite en el que se encuentran involucrados.
- b. El trámite sancionatorio de naturaleza migratoria debe surtirse en un *plazo razonable*, el cual debe apreciarse en relación con la duración total de la actuación, desde su inicio hasta la finalización, incluyendo los recursos de instancia que serían procedentes. Esta garantía no solo se refiere a la protección de que el procedimiento se adelante sin dilaciones injustificadas, sino además de que no se lleve a cabo con tanta celeridad al punto de tornar ineficaz o anular el ejercicio del derecho de defensa y en especial de contradicción en forma oportuna y eficaz⁴⁹.

⁴⁵ Así lo dispone expresamente el artículo 2.2.1.11.2 del Decreto 1067 de 2015 modificado por el artículo 43 del Decreto 1743 de 2015 y el preámbulo de la Resolución 6045 de 2017, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y deroga la Resolución 5512 del 4 de septiembre de 2015”.

⁴⁶ Acerca de la titularidad y posibilidad de exigibilidad de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, se puede consultar la sentencia C-834 de 2007.

⁴⁷ Sobre el particular, la Corte ha señalado que, “(...) en ningún caso las autoridades administrativas pueden desconocer la vigencia y alcance de los derechos fundamentales ni los inherentes a la persona humana, garantizados en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en el caso de los extranjeros, así se encuentren en condiciones de permanencia irregular.” Corte Constitucional, sentencia T-321 de 2005. Este criterio ha sido reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias T-956 de 2013 y T-338 de 2015.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia T-546 de 2000.

⁴⁹ En relación con lo anterior, consultar los fundamentos expuestos en la sentencia T-295 de 2018.

- c. El contenido del derecho de defensa y contradicción también comprende el deber del Estado de asistir gratuitamente por un traductor o interprete, a todo extranjero que no comprenda o hable con suficiencia el idioma en el que se adelanta el trámite administrativo sancionatorio⁵⁰.
- d. En el curso del antedicho proceso la autoridad migratoria debe valorar, a la luz de los postulados constitucionales y los compromisos adquiridos por el Estado en tratados internacionales que versan sobre derechos humanos⁵¹, las circunstancias familiares del extranjero. Este mandato cobra mayor relevancia cuando el grupo familiar se encuentra integrado por menores de edad. La Sala se detendrá sobre este tema más adelante cuando estudie la jurisprudencia constitucional dictada en materia del derecho de los niños y las niñas a tener una familia y no ser separados de ella.
- e. La autoridad migratoria está en la obligación de motivar de manera suficiente el acto administrativo por medio del cual se resuelve sancionar al extranjero con la medida de deportación o expulsión. De esta forma, se evita que se confunda la facultad discrecional en materia migratoria, con la arbitrariedad y capricho del funcionario⁵².

53. Con relación a este último aspecto, la Corte ha señalado que la motivación de las decisiones es una de las facetas del derecho fundamental al debido proceso, cuya satisfacción no se reduce a la presentación de argumentos ligados a la aplicación formal de las normas, sino que, por el contrario, exige la exposición de razones suficientes que expliquen de manera clara, detallada y precisa el sentido de la determinación adoptada. Este mandato, lejos de oponerse a la facultad discrecional que tiene el Estado para permitir el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio colombiano, se articula con el deber de garantizar los derechos fundamentales a estas personas, al margen de que su situación migratoria sea legal o irregular⁵³.

54. En este marco, el ejercicio del control migratorio le corresponde a Migración Colombia. Esta entidad se encarga de adelantar las investigaciones que considere necesarias, de oficio o a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, en relación con el ingreso y permanencia de los extranjeros en el país, así como con las visas que ellos portan⁵⁴, la ocupación, profesión u oficio

⁵⁰ En este mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-956 de 2013 y T-295 de 2018.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencias T-178 de 1993, T-215 de 1996, T-956 de 2013 y T-500 de 2018, entre otras.

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-500 de 2018.

⁵³ Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que “[s]i el ejercicio de las facultades discrecionales en cada caso no se hace con adecuada motivación y con sujeción a los procedimientos correspondientes, se comprometen los derechos fundamentales del ciudadano extranjero, los cuales, la Constitución les garantiza y las autoridades de la República están obligadas a proteger, y puede dar lugar además, al ejercicio de las acciones correspondientes, a fin de que a aquél se le garanticen de manera efectiva los derechos de los cuales es titular”. Corte Constitucional, sentencia T-321 de 1996.

⁵⁴ De acuerdo con el marco normativo, la visa constituye la autorización que otorga un Estado para el ingreso y permanencia de un extranjero en el territorio nacional; existen diferentes clasificaciones de dicha autorización, en la actualidad se divide en visa de visitante, visa de migrante y visa de residente.

que adelantan en el territorio, la autenticidad de documentos, la verificación del parentesco y de la convivencia marital, entre otros aspectos⁵⁵.

55. En atención a los hechos objeto de estudio, resulta pertinente mencionar que, conforme lo establecido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el Decreto 1067 de 2015, incurre en una infracción al régimen migratorio el extranjero que, entre otras razones, (i) obtenga “*visa mediante fraude o simulación, formular declaración falsa en la solicitud de visa o en desarrollo de procedimientos administrativos adelantados por las autoridades migratorias, así como presentar documentos que induzcan a error al Ministerio de Relaciones Exteriores o a la autoridad migratoria para su ingreso, salida, legalización, control y registro.*” (núm. 4, art. 2.2.1.13.1.2. Decreto 1067 de 2015); y (ii) sea “*objeto de quejas constantes que califiquen al extranjero como persona no grata para la convivencia social y tranquilidad pública*” (núm. 8 art. 2.2.1.13.1.2).

56. Frente a esta situación, Migración Colombia está en la obligación de adelantar una investigación para determinar la responsabilidad que le asiste al extranjero. De conformidad con la Guía para la verificación y el Desarrollo del Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia Migratoria, expedida por la autoridad migratoria y analizada por la Corte en la sentencia T-295 de 2018, el tipo de trámite que se desarrolla en estos casos comprende, en términos generales, las siguientes etapas:

- a. “Inicio de la actuación administrativa sancionatoria, mediante el informe de orden de trabajo o informe de caso, luego de lo cual la autoridad migratoria puede formular cargos o iniciar una averiguación preliminar.
- b. Formulación de cargos. Esta etapa orienta el curso del procedimiento, pues en esta se determina cuál es el objeto del proceso, la persona responsable y el sustento normativo. Contra este acto no proceden recursos y la renuncia a términos sólo opera una vez se notifica la formulación de cargos o cuando se decide de fondo.
- c. Descargos. En este momento procesal, dentro de los 15 días siguientes a la notificación, el investigado puede presentar su defensa en relación con cada uno de los cargos que se le formularon. Así mismo, la persona puede renunciar a los términos procesales de manera verbal o escrita.
- d. Periodo probatorio. Durante esta etapa tanto la parte como la autoridad administrativa pueden solicitar pruebas⁵⁶.

⁵⁵ Así lo dispone expresamente el artículo 2.2.1.11.7.6 del Decreto 1067 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores” y el preámbulo de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015, “Por la cual se establecen los criterios para el cumplimiento de obligaciones migratorias y el procedimiento sancionatorio de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia”.

⁵⁶ De conformidad con el artículo 48 de la Ley 1437 de 2011 en los procesos administrativos sancionatorios, la práctica de pruebas regularmente debe surtir en un término no mayor a 30 días. Cuando sean 3 o más investigados o las pruebas se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de 60 días. Serán rechazadas de manera motivada aquellas pruebas que sean inconducentes, impertinentes y superfluas (artículo 47 ibidem).

- e. Alegatos. Luego de emitirse un Auto de cierre de la etapa probatoria, se ordena traslado. Esta etapa constituye la segunda oportunidad que tiene el investigado para defender su posición y explicar los hechos objeto de investigación.
- f. Decisión⁵⁷. Mediante resolución de sanción, exoneración o archivo se da por terminado el proceso en primera instancia y en la parte resolutive se deben incluir los recursos que proceden contra la misma y el plazo para hacerlo⁵⁸.

57. En el supuesto de que el procedimiento administrativo sancionatorio finalice con la imposición de una sanción, la autoridad migratoria deberá expedir para tal efecto un acto administrativo que, por lo menos, contenga (i) la individualización de la persona natural a sancionar; (ii) la descripción típica de los hechos, así como el análisis de las pruebas con base en las cuales se impone la sanción; y (iii) las normas migratorias infringidas conforme los supuestos probados, es decir, la medida sancionatoria de la que será destinataria el sujeto de control, su clasificación y si existen criterios que la atenúan, agravan o dan lugar a su exención⁵⁹.

58. La autoridad migratoria deberá tener en cuenta la naturaleza y gravedad de la infracción imputada para determinar la medida con la que sancionará al extranjero⁶⁰. De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015⁶¹, las infracciones se clasifican en leves, graves o gravísimas. En todo caso, el artículo 13 de la resolución anotada dispone que la imposición de la sanción deberá atender y respetar los principios de configuración del sistema sancionador administrativo, fundamentalmente los concernientes a la legalidad, tipicidad, favorabilidad y proporcionalidad.

59. Con base en lo anterior y de acuerdo con las circunstancias constatadas, el Director de Migración Colombia, o sus delegados, podrán imponer:

- a. *Sanciones económicas*⁶², entre otros supuestos, cuando se incurre en permanencia irregular; no se tramita el salvoconducto correspondiente

⁵⁷ Artículo 29 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015.

⁵⁸ En el caso concreto, Migración Colombia aportó en sede de revisión la copia de la Guía para la verificación y el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio en materia migratoria, la cual, ya había sido estudiada y resumida por la Corte en la sentencia T-295 de 2018.

⁵⁹ Artículo 49 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 27 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015 de acuerdo con el cual: “La valoración de la sanción atenderá los principios de proporcionalidad, objetividad y razonabilidad, argumentando en el acto administrativo que decide, la descripción típica de los hechos atribuibles al sujeto de control. La motivación de la decisión deberá integrar el análisis de los deberes impuestos por la norma migratoria, los hechos constitutivos de infracción, la clasificación de la falta y si existen criterios que atenúan, agravan o exoneran de la misma al sujeto de verificación”.

⁶⁰ De acuerdo con el artículo 28 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015: “Para imponer o no la sanción, el funcionario competente deberá ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos técnicos del ejercicio migratorio, lo cual deberá quedar plasmado en el razonamiento probatorio empleado en el texto de la Resolución como forma de controlar su racionalidad y coherencia en la dosificación sancionatoria, si a ello hubiere lugar”.

⁶¹ Resolución proferida por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

⁶² Contra su imposición proceden los recursos de la sede administrativa, en el efecto suspensivo. Ver, artículo 2.2.1.13.1 del Decreto 1067 de 2015.

cuando así se requiera; se ingresa o sale del país sin el cumplimiento de los requisitos legales o se desarrollan actividades remuneradas sin estar habilitado para ello⁶³;

- b. *Medida de deportación*⁶⁴, por ejemplo, cuando se constata que ingresó o salió del país sin el cumplimiento de las normas que reglamentan la materia; se encuentra en permanencia irregular⁶⁵; obtuvo visa mediante fraude o simulación o fue objeto de quejas constantes que lo calificaron como persona no grata para la convivencia social o la tranquilidad pública⁶⁶; y/o
- c. *Medida de expulsión*⁶⁷, cuando la infracción a la normativa migratoria vigente sea de una gravedad significativa con la potencialidad de poner en riesgo la soberanía nacional, la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. Entre otros eventos, puede ocurrir cuando el extranjero se abstiene de dar cumplimiento a la resolución de deportación dentro del término establecido en el salvoconducto para salir del país, o regresa antes del término de prohibición o sin la correspondiente visa; es condenado en Colombia a pena de prisión cuya sentencia no contempló como accesoria la expulsión del territorio; cuando la expulsión se decreta como pena accesoria mediante sentencia ejecutoriada⁶⁸ o se documentó fraudulentamente como nacional o de otro país.

60. En suma, el marco constitucional reconoce que, sin importar la condición legal o irregular del extranjero, el Estado debe garantizar en los procedimientos administrativos sancionatorios que se adelantan por infracciones al régimen migratorio, que eventualmente finalizan con medidas de deportación o

⁶³ El artículo 2.2.1.13.1 (modificado por el artículo 68 del Decreto 1743 de 2015) del Decreto 1067 de 2015 contempla otras causales distintas a las mencionadas que dan lugar a la imposición de sanciones económicas. Para la graduación de las sanciones económicas a que haya lugar se tendrá en cuenta el comportamiento del infractor, la gravedad de la falta, su reincidencia o renuencia. Sobre el particular, se pueden consultar los artículos 2.2.1.13.2 y 2.2.1.13.3 del Decreto 1067 de 2015 y artículos 16, 30 y 31 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015. Dichas disposiciones se encuentran en armonía directa con lo previsto en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011.

⁶⁴ El extranjero que sea objeto de una medida de deportación solo podrá ingresar al territorio nacional una vez transcurrido el término de la sanción que establezca la resolución respectiva, que no debe ser inferior a 6 meses ni superior a 10 años, previa expedición de la visa otorgada por las Oficinas Consulares de la República (Artículo 2.2.1.13.1.3 del Decreto 1067 de 2015 modificado por el artículo 69 del Decreto 1743 de 2015) Contra esta determinación proceden los recursos del procedimiento administrativo (Artículo 2.2.1.13.1.1 del Decreto 1067 de 2015).

⁶⁵ Lo anterior, en los términos del artículo 2.2.1.11.2.12 del Decreto 1067 de 2015 de acuerdo con el cual la permanencia irregular de un extranjero en el territorio nacional tiene lugar en los siguientes casos: 1. Cuando se dan los supuestos mencionados en el artículo 2.2.1.11.2.4 del decreto (ingreso al país por lugar no habilitado; ingreso al país por lugar habilitado pero evadiendo u omitiendo el control migratorio e ingreso al país sin la correspondiente documentación o con documentación falsa) 2. Cuando el extranjero habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo. 3. Cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa. 4. Cuando el permiso otorgado al extranjero ha sido cancelado. En el mismo sentido, lo prevé el artículo 15 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015.

⁶⁶ Existen otras causales de deportación contempladas en el artículo 2.2.1.13.1.2 del Decreto 1067 de 2015 y en el artículo 16 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015.

⁶⁷ Contra la decisión que imponga la medida de expulsión, con fundamento en cualquiera de los supuestos mencionados, proceden los recursos de la sede administrativa en el efecto suspensivo Ver, artículo 2.2.1.13.2.1 del Decreto 1067 de 2015 y artículo 16 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015.

⁶⁸ El artículo 2.2.1.13.2.3 del Decreto 1067 de 2015 establece expresamente la medida de expulsión como pena accesoria impuesta mediante sentencia ejecutoriada.

expulsión, los componentes estructurales del derecho al debido proceso. En caso contrario, la autoridad migratoria vulnera el derecho al debido proceso del extranjero afectado por la sanción, al imponer una decisión que es producto, no de la facultad discrecional y de la soberanía estatal, sino de la arbitrariedad y capricho del funcionario. De esta forma, conforme a lo establecido por la jurisprudencia constitucional, la determinación y graduación de la sanción por infracciones al régimen migratorio debe estar precedida por el cumplimiento de las etapas procesales descritas y el análisis detallado de las circunstancias personales de cada sujeto, entre estas, factores como la unidad familiar y el riesgo que implica para el extranjero regresar al país de origen.

F. DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

61. El artículo 44 de la Constitución Política, relaciona algunos de los derechos fundamentales de los que son titulares los niños, niñas y adolescentes; señala que *“la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*; establece, en consonancia con el principio de prevalencia del interés superior, que los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre los de los demás; y dispone como un derecho fundamental de los niños el de *“tener una familia y no ser separado de ella”*.

62. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido del derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y, en especial, sobre esta disposición constitucional en el contexto de los procesos administrativos sancionatorios de carácter migratorio adelantados contra extranjeros que son padres de niños y/o niñas nacidas en territorio colombiano, la Corte ha tomado como punto de partida el concepto de familia⁶⁹ y la incidencia que esta tiene en la satisfacción del interés superior del menor. En ese sentido, bajo la premisa que *“la familia es un entorno cuya existencia es imperativa para el adecuado desarrollo de los niños y de las niñas, así como para la eficacia material de sus derechos fundamentales”*⁷⁰, este Tribunal ha recordado que la misma familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de proteger el vínculo que existe entre los niños y las niñas con las personas que

⁶⁹ En la sentencia T-311 de 2017, la Corte precisó que para comprender el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y no ser separado de ella, previsto en el artículo 44 de la Carta, es necesario estudiar el concepto de familia, el cual fue adoptado en el inciso 1° del artículo 42 de la Carta Política en los siguientes términos: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*. Señaló la Corte que la anterior definición parece referirse a lo que se ha entendido por “familia nuclear”. Sin embargo, con el segundo enunciado –esto es la voluntad responsable de conformarla– se amplía esta noción a una comprensiva de otras formas familiares. En efecto, la evolución de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia constitucional es apenas lógica en virtud del carácter sociológico de la noción de familia, la cual se encuentra permeada por el tiempo y el contexto en el que se analice. Así, el derecho a tener una familia, como enunciado normativo, cuenta con una íntima vinculación con la sociedad y con su evolución como núcleo de ella. Si la Constitución debe ser la mayor muestra de un derecho que responda a las necesidades reales de la población de un país, es claro que ella no puede ser inmune al cambio y el concepto de familia no es la excepción pues, tal vez, como ninguna otra institución, es sensible a los cambios y a la conformación de la sociedad. En la sentencia C-577 de 2011, se reconoció esta realidad al estudiar las acusaciones presentadas en contra de la expresión “un hombre y una mujer” contenida –entre otras disposiciones– en el artículo 113 del Código Civil. En esa oportunidad la Corte reconoció que en una sociedad plural no puede existir un único concepto excluyente de familia.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-956 de 2013.

integran su núcleo familiar, de tal manera que se asegure el espacio en el que se brinden las oportunidades para que aquellos satisfagan sus necesidades físicas materiales y afectivas.

63. Sobre la base de los preceptos constitucionales anotados, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado criterios para solucionar los problemas que surgen de la confrontación entre la imposición de sanciones de carácter migratorio y el deber de protección sobre los derechos de los niños y las niñas a tener una familia y no ser separados de ella.

64. En la sentencia T-178 de 1993, en lo que respecta a los efectos que produce la deportación de un extranjero sobre el derecho a la unidad familiar de sus hijos menores, la Corte precisó que *“la expulsión del territorio nacional puede comportar la ruptura de aquellos vínculos entre padres e hijos y que aquella ruptura no es patrocinada por el Constituyente de 1991, mucho más cuando puede conducir a la imposición de un trato inhumano para los menores contrariando lo dispuesto por los artículos 12 y 44 de la Carta”*⁷¹.

65. Posteriormente, en la sentencia T-215 de 1996⁷², esta Corporación explicó que de los preceptos constitucionales referentes a los derechos de los extranjeros y, en especial, de los que consagran los derechos fundamentales de las niñas y los niños, así como de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado en materia de satisfacción de las garantías de estos últimos, se deriva para las autoridades migratorias el deber de examinar *“en detalle”* las condiciones familiares de la persona señalada de infringir el régimen de inmigración. En concreto, la Corte manifestó:

“(…) que en casos como el que se examina en esta oportunidad, en los que efectivamente se encuentran comprometidos menores de edad, unidos con un extranjero sujeto de la actuación administrativa por lazos familiares directos, las oficinas nacionales y seccionales

⁷¹ En esta ocasión, la Corte conoció la acción de tutela que interpuso una extranjera, en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores, contra un juez penal, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales a la familia y los derechos de los niños y las niñas y, en efecto, obtener la revocatoria de la sentencia que le impuso como pena accesoria la expulsión del país. La Corte concedió la tutela solicitada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al considerar que la accionante podía solicitar al juez penal que hiciera cesar la pena accesoria.

⁷² En aquella oportunidad, se estudió la situación de un ciudadano alemán a quien el DAS le impuso medida sancionatoria de deportación y la prohibición de ingreso al país por el término de 1 año tras haber sobrepasado el periodo autorizado de permanencia en el territorio -90 días-. Su esposa quien presentó la acción de tutela en representación de sus hijos de 6 años y 20 meses, adujo que dicha determinación desconoció que hace más de 7 años había construido un hogar con dicho ciudadano. La Sala Octava de Revisión constató que la actuación adelantada se había ajustado a los parámetros de la normatividad reglamentaria aplicable y en la actuación administrativa no se había vulnerado, en principio, forma alguna del procedimiento correspondiente, ni el derecho de defensa ni el debido proceso administrativo. Por el contrario, se advirtió que fue la conducta del extranjero la que provocó la imposición de la sanción pues al momento de la deportación se encontraba en condiciones de “ilegal” permanencia y además nunca solicitó prórroga del permiso dado por la autoridad migratoria como tampoco adelantó las diligencias correspondientes para obtener visa, que legalizara su permanencia en el país. No obstante, consideró la Sala que el actor era padre de dos menores colombianos. Con ellos mantenía una relación afectiva estable, situación que no había sido examinada por la autoridad accionada al momento de adoptar la decisión pese a que la Carta Superior establece el deber de garantizar el respeto prevalente de los derechos de los menores. Sobre estas premisas, precisó que la ruptura irreparable de vínculos que se generaba por virtud de la deportación del padre, así fuera temporalmente, se erigía en una barrera innecesaria e inhumana y, “por lo tanto, no [podía] ser patrocinada indiscriminadamente por la administración, al aplicar la sanción por estancia irregular en el país”.

de extranjería y de inmigración del Departamento Administrativo de Seguridad, siempre deben examinar en detalle las condiciones familiares del extranjero en condiciones de irregular estancia o permanencia en el territorio nacional, inclusive con el prevalente e ineludible auxilio técnico y científico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para determinar la verdadera situación familiar del presunto infractor del régimen de inmigración, la cual debe ser, desde luego, verdadera y real, con el propósito de no producir soluciones inicuas [sic] o más dañinas que las que produce el incurrir en una situación migratoria irregular” (Negrilla fuera del original).

66. Con base en lo anterior, en el caso concreto, la Corte resolvió amparar los derechos de los hijos menores del extranjero deportado al constatar que la autoridad migratoria había omitido analizar con precaución y diligencia sus circunstancias familiares y personales. En consecuencia, ordenó a la entidad accionada que realizara lo necesario para definir la situación familiar de los menores de edad involucrados, para que, en caso de ser ciertos los vínculos de familia, se permitiera al extranjero iniciar los trámites para resolver su situación migratoria. En todo caso, advirtió que este tipo de soluciones razonables *“no son compatibles con acciones fraudulentas y de engaño, y no patrocinan el desconocimiento de la normatividad penal, ni amparan evasiones al deber de responder por los delitos; tampoco se patrocinan conductas ilegítimas de fraude al derecho ni de desconocimiento de la normatividad internacional en materia de persecución del delito”*.

67. En la sentencia T-956 de 2013, la Corte tuvo la oportunidad de estudiar de nuevo la tensión que emerge del ejercicio de la potestad estatal en materia migratoria y la eficacia del derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia y no ser separados de ella. En efecto, concluyó que las intervenciones a la unidad familiar por parte del Estado serán admisibles siempre que cumpla con las siguientes condiciones de validez constitucional: *“(i) es excepcional; (ii) debe responder a la necesidad de cumplir con fines constitucionalmente imperiosos; (iii) debe haber estado precedida de la satisfacción de los requerimientos constitucionales y legales exigidos a la intervención correspondiente; y (iv) debe mostrarse compatible con la protección del interés superior del menor”*. Para la Corte este último aspecto alude a un parámetro para la interpretación de las normas migratorias que fundamentan la intervención en la unidad familiar, el cual tiene como principio la aplicación del criterio *pro infans*, en virtud del cual se privilegia la maximización de la garantía de los derechos de los niños y las niñas.

68. En un caso más reciente, en la sentencia T-500 de 2018, la Corte se pronunció sobre el respeto por las garantías derivadas del derecho al debido proceso en el marco de procesos administrativos sancionatorios de carácter migratorio. En relación a los temas que ahora ocupan la atención de la Sala, este Tribunal bajo el entendido que *“la unidad familiar es un derecho constitucional que guía y dirige la acción de los poderes públicos”*, reprochó a Migración Colombia el hecho de no haber garantizado la efectiva vinculación del

extranjero al proceso y, por consiguiente, haber dejado por fuera de la motivación del acto administrativo que ordenó la expulsión del país, el análisis de las circunstancias familiares del sancionado y, en particular, de las consecuencias desfavorables que dicha medida podría generar en la integridad de sus hijos menores. A juicio de la Corte, estos dos aspectos debieron haberse considerado al momento de calificar la conducta del extranjero y de definir la imposición de una posible sanción en su contra, así como el tiempo de duración de esta.

69. Con fundamento en lo anterior, es claro que, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, el Estado tiene el deber de garantizar el interés superior del menor durante todo el trámite administrativo sancionatorio de carácter migratorio, de manera que se maximicen los mandatos constitucionales que protegen los derechos fundamentales de los niños y las niñas a la unidad familiar y a tener una familia y no ser separados de ella. Lo anterior, supone para la autoridad migratoria el deber de evaluar de forma detallada y diligente los eventuales vínculos naturales o jurídicos de paternidad o maternidad que la persona extranjera involucrada mantenga en el país con menores⁷³.

70. En todo caso, se aclara que este análisis sobre la unidad familiar, de ninguna manera se sobrepone al ineludible deber de las autoridades por proteger el interés público y asegurar la vigencia de un orden justo, ni a las consecuencias que se derivan para el extranjero que ha incumplido con los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución y la ley⁷⁴. Por ello, la Corte ha señalado que el hecho de que los menores hijos de los extranjeros sean nacionales colombianos no les confiere a sus padres, *ipso iure*, el derecho a una permanencia legal y automática en el país, sin el previo cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico les impone.

G. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

71. El problema jurídico que subyace de los hechos probados en el caso concreto se encamina a determinar si Migración Colombia vulneró el derecho al debido proceso administrativo del accionante y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de su menor hijo, al proferir una medida de deportación

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-500 de 2018.

⁷⁴ Al respecto, ver la Sentencia T-680 de 2002. En aquella oportunidad un ciudadano nicaragüense invocó la vulneración de su derecho fundamental a la unidad familiar como consecuencia de la decisión judicial condenatoria proferida en su contra (por el hecho de haber incurrido en el delito de falsedad material de particular en documento público) que dispuso como pena accesoria la expulsión del territorio nacional. El actor invocaba que tal determinación tenía efectos adversos sobre la vigencia de su hogar, integrado por dos menores de edad de 3 y 5 años. La Sala Segunda de Revisión declaró la existencia de una carencia actual de objeto por hecho superado habida cuenta que la pretensión del accionante orientada a obtener la revocatoria de la medida sancionatoria ya había sido satisfecha. No obstante, advirtió que la existencia de hijos no podía ser aducida como una justificación para evadir el cumplimiento de decisiones judiciales impuestas en un proceso adelantado con todas las observancias establecidas por la Constitución y la ley por cuanto la protección constitucional a los derechos de los niños en ningún caso podía ser pretexto para que los adultos se sustrajeran de sus deberes. Sobre estas premisas, resaltó que la conducta del extranjero, desde su ingreso irregular al país, no había sido precisamente la exigida a un padre de familia como principal responsable del bienestar, educación y cuidado de sus hijos pues alteró la vigencia del salvoconducto que le fue otorgado para permanecer en el territorio hasta tanto se resolviera su situación de asilo político. En ese orden de ideas, aclaró que, si bien el actor se encontraba en libertad por pena cumplida, le correspondía legalizar lo relacionado con su permanencia en el territorio nacional, sin perjuicio de la facultad administrativa que tenían las autoridades para autorizar su estancia a fin de que pudiera cumplir con los deberes materiales y morales que le asistían como padre.

del país, con la prohibición de ingreso por el término de tres (3) años, sin haber comprobado la responsabilidad administrativa del extranjero, por un lado, ni haber analizado el vínculo familiar que mantiene con su hijo, por el otro.

72. Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala analizará (i) si el procedimiento adelantado por Migración Colombia cumplió con las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico para sancionar al extranjero señalado de haber infringido el régimen migratorio; y en ese orden, (ii) si la restricción del derecho a la unidad familiar de los niños derivada de la medida de deportación es constitucionalmente válida.

73. En primer lugar, en punto al procedimiento administrativo sancionatorio surtido contra el señor Duarte Lescay, observa la Sala que reposa en el respectivo expediente la copia de la queja presentada por un ciudadano de nacionalidad colombiana ante Migración Colombia para que se investigara y sancionara al accionante por los hechos relacionados con el presunto consumo de sustancias estupefacientes, vínculos con grupos al margen de la ley y la supuesta simulación de matrimonio civil celebrado con la señora Helen León Mesa, de nacionalidad colombiana, con el propósito de “*radicarse temporalmente en Colombia*”⁷⁵.

74. Por lo anterior, el primero (1º) de septiembre de 2016, el Coordinador de Verificaciones de la Regional Occidente de Migración Colombia expidió orden de trabajo a fin de que se realizaran las actividades que permitieran confirmar o desvirtuar los hechos que motivaron la presentación de la queja⁷⁶. Producto de las labores de investigación, los funcionarios rindieron un informe en el que relataron las actividades realizadas y sugirieron (i) establecer si el extranjero podría estar inmerso en alguna causal de cancelación de visa, “*ya que el registro civil de matrimonio es fraudulento según lo certifica la Notaría 7 de Cali*”; y (ii) determinar si es una persona no grata para la convivencia social o la tranquilidad pública, ya que estaba documentada la queja presentada ante la autoridad migratoria y la denuncia formulada ante la Fiscalía General de la Nación por el presunto delito de violencia intrafamiliar cometido contra su cónyuge. El informe en ninguna parte menciona que producto de la unión entre el accionante y la señora León Mesa nació el menor Luciano Duarte León. Ello, a pesar de que, en esta etapa previa, el Ministerio de Relaciones Exteriores aportó (i) la copia de la solicitud de visa de residente presentada por la cónyuge del extranjero, el trece (13) de octubre de 2015, en la que informa sobre la existencia de su hijo⁷⁷; y (ii) la respectiva copia del Registro Civil de Nacimiento del menor⁷⁸.

75. Mediante Auto del veinticuatro (24) de octubre de 2016, notificado personalmente el ocho (8) noviembre del mismo año, el Director de Migración

⁷⁵ Ver folios 11 a 19 del expediente digital aportado por Migración Colombia en sede de revisión, que se encuentra en formato CD-ROM en el folio 56 del cuaderno de principal. En adelante, siempre que se cite un folio de dicho proceso se entenderá que hace parte del expediente digital, salvo que se haga manifestación en contrario.

⁷⁶ Ver expediente digital, folio 1.

⁷⁷ Ver folio 53 del expediente digital.

⁷⁸ Ver folio 57 del expediente digital.

Colombia Regional Occidente (en adelante, “el Director”) dio inicio a la actuación administrativa de carácter migratorio contra el accionante, con base en el resultado de la verificación contenida en el informe de orden de trabajo⁷⁹. En consecuencia, mediante Auto del veintisiete (27) de octubre de 2016, notificado personalmente el ocho (8) de noviembre del mismo año, se ordenó formular cargos en contra del ciudadano cubano, por la presunta violación del artículo 2.2.1.13.1.2 numeral 4 (obtener visa mediante fraude) y numeral 8 (ser persona no grata para la convivencia social y tranquilidad pública) del Decreto 1067 de 2015. Así mismo, informó que, de conformidad a lo previsto en el inciso 3º del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, la parte investigada disponía de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación de la formulación de cargos, para presentar descargos y aportar o solicitar pruebas.

76. El tutelante extranjero, por intermedio de apoderado judicial⁸⁰, presentó escrito de descargos y solicitud de pruebas, con el fin de que se prohiriera resolución de archivo o se absolviera de todos los cargos imputados. En atención a los aspectos objeto de análisis en el caso concreto, se destaca de esta actuación la referencia a las consecuencias negativas que se podrían derivar de la sanción migratoria para el menor hijo del accionante y el argumento atinente a que el investigado no tenía responsabilidad en la comisión de la falta endilgada porque fue “*asaltado en su buena fe*” por un tercero en el “*trámite pertinente del matrimonio ante la Notaría Séptima del Circulo de Cali*”⁸¹.

77. En Auto del siete (7) de febrero de 2017, notificado personalmente el veintiocho (28) de febrero del mismo año, “*por medio del cual se resuelve la práctica de pruebas*”, el Director dispuso, de forma exclusiva, la práctica de la inspección ocular a los libros y bases de datos de la Parroquia Jesús Obrero de Cali, con el propósito de confirmar o desvirtuar la hipótesis planteada, en cuanto a la falsedad material e ideológica del Registro Civil de Matrimonio, en el cual estaba consignado la celebración de matrimonio religioso el doce (12) de diciembre de 2012⁸². Por otro lado, ordenó el rechazo de las pruebas documentales y testimoniales solicitadas por el apoderado judicial del accionante⁸³. En esta etapa se evidencia de forma clara la decisión de Migración Colombia de negarse a recolectar elementos probatorios que, por un lado,

⁷⁹ Ver folio 95 del expediente digital. El auto anotado, en el numeral tercero, ordenó allegar como material probatorio la orden de trabajo y el informe de trabajo con sus respectivos anexos, entre los cuales se encontraba la copia del Registro Civil de Nacimiento del menor hijo del accionante. En el numeral cuarto, ordenó “adelantar las demás diligencias necesarias para el cumplimiento de lo aquí ordenado (...)”. Ver folio 96 del expediente digital.

⁸⁰ Ver folio 115 del expediente digital.

⁸¹ Ver folio 129 del expediente digital.

⁸² Ver folios 173 a 178 del expediente digital.

⁸³ El trece (13) de marzo de 2017, el accionante, por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra Migración Colombia, al considerar que fue vulnerado su derecho al debido proceso con el auto del siete (7) de febrero del mismo año, que rechazó las pruebas solicitadas. Entre otras cosas, el apoderado argumentó que, contrario a lo sostenido por la entidad accionada, sí era de vital importancia practicar la prueba testimonial al cónyuge del actor, porque con ello se demostraba el cumplimiento de los deberes como padre y los efectos negativos que podría ocasionar la medida de deportación al menor. Frente a lo anterior, el Juzgado Trece de Familia de Oralidad de Cali, en sentencia de primera instancia del veintiocho (28) de marzo de 2017, negó el amparo solicitado. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, en sentencia del dos (2) de mayo del mismo año, confirmó el fallo del *a quo*. Ver folios 204, 221 y 240 del expediente digital.

permitieran establecer la realidad del vínculo familiar entre el extranjero y su menor hijo, y por el otro, conocer las condiciones personales, familiares, sociales y económicas en las que se encontraba el niño.

78. Agotada la etapa probatoria, mediante Auto del veintisiete (27) de abril de 2017, el Director ordenó dar traslado por el término de diez (10) días hábiles a la parte investigada para que presentara los alegatos correspondientes; los cuales fueron allegados por el apoderado judicial dentro del plazo referido. En síntesis, reiteró que el extranjero no actuó con intención de violar el régimen migratorio y advirtió que dicho despacho desconoció durante todo el trámite la existencia de su menor hijo. Sobre este aspecto, con base en lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-215 de 1996, alegó que la autoridad migratoria incumplió el deber de “consultar los intereses superiores del menor y valorar la situación fáctica de el [sic] mismo al momento de adoptar una decisión”⁸⁴.

79. Finalizada la fase de alegatos, por medio de la Resolución No.20177080010676 de junio veintidós (22) de 2017, notificada personalmente el primero (1º) de septiembre del mismo año, la entidad accionada resolvió sancionar al ciudadano cubano por haber incurrido en la causal de deportación referente a obtener visa mediante fraude, comoquiera que indujo a error al Ministerio de Relaciones Exteriores al presentar un Registro Civil de Matrimonio “*espurio*”. En respuesta a los alegatos formulados, primero, señaló que la presunción de buena fe invocada por el extranjero quedó desvirtuada porque este no actuó con un mínimo de prudencia, atención y cuidado en el trámite de la expedición de la visa⁸⁵. En segundo lugar, en cuanto a la evaluación de las condiciones del menor hijo del actor, señaló que la misma sentencia T-215 de 1996 estableció que las acciones fraudulentas y engañosas, como la cometida por el actor, no sirven para eludir la responsabilidad administrativa⁸⁶.

80. Contra la anterior decisión se presentó por parte del apoderado del extranjero los recursos de reposición y en subsidio apelación. Lo anterior, fundado en los mismos argumentos expuestos en la etapa de descargos y alegatos, así como en el daño que ocasionaría la medida de deportación a los derechos a la unidad familiar y a tener una familia del menor de edad Luciano

⁸⁴ Ver folio 257 del expediente digital.

⁸⁵ En este punto, con fundamento en lo dispuesto por la Corte en las sentencias C-544 de 1994 y C-054 de 1999, en cuanto al principio de buena fe, el Director manifestó que “(...) el postulado de presunción de buena fe no tiene un carácter absoluto, sino que el mismo se ve desvirtuado cuando el extranjero en cuestión actúa sin un mínimo de prudencia, atención y cuidado, a fin de evitar una vulneración, como lo es, el presentar para la obtención de la visa de cónyuge TP-10, un registro civil de matrimonio en el cual la información contenida no se ajusta a la realidad defendida por el investigado, toda vez, que en múltiples ocasiones el extranjero ha manifestado que su matrimonio se celebró ante notaria y el registro civil denota que el mismo se llevó a cabo por lo católico en la Parroquia Jesús Obrero de Cali, situación que no pudo haber pasado por alto un nivel mediano de alfabetismo.” Folio 262 del expediente digital.

⁸⁶ Con base en lo anterior, impuso en contra del actor la medida de deportación del país, prohibición de ingreso por el término de tres (3) años y, en consecuencia, ordenó que le fuera expedido un salvoconducto para que pudiera salir del territorio nacional. Así mismo, informó que en contra de la presente decisión procedían los recursos de reposición y apelación dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, y compulsar copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue el presunto delito de falsedad en documentos.

Duarte León. Por ello, insistió en que era un deber de Migración Colombia consultar y valorar la situación familiar del menor hijo del accionante⁸⁷.

81. El Director por medio de la Resolución del veintisiete (27) de septiembre de 2017, notificada el once (11) de octubre del mismo año, resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar la decisión impugnada, respondiendo a cada uno de los argumentos que sustentaron el recurso sobre la base de las pruebas aportadas al proceso. En cuanto a la situación familiar del menor, la entidad reiteró las consideraciones realizadas en la resolución de deportación. Por su parte, la Subdirectora de Verificación Migratoria, mediante Resolución del doce (12) de junio de 2018, solucionó el recurso de apelación en el sentido de confirmar de manera íntegra la sanción contra el accionante, argumentando que esta fue “*proporcional, objetiva y razonable, teniendo en cuenta las condiciones personales favorables [del actor] entre ellas lo que respecta a la existencia de su menor hijo, no obstante que la unidad y continuidad de la familia de origen del menor fue y se mantiene en estado de separación tal y como lo confiesa el [sancionado] y así fue verificado*”⁸⁸.

82. A partir del análisis minucioso de las piezas procesales allegadas en el trámite de las instancias ante los jueces de tutela y en sede de revisión ante la Corte Constitucional, constata la Sala que, *prima facie*, Migración Colombia agotó cada una de las etapas que integran el procedimiento administrativo sancionatorio, en los términos que dispone la ley (Decreto 1067 de 2015 y Resolución 0714 de 2015) y procurando garantizar el ejercicio del derecho a la defensa y contradicción del extranjero, quien tuvo la posibilidad de participar de manera permanente en todas las fases del proceso que concluyó con su deportación.

83. Después de revisar las razones que sustentaron los cargos, los descargos, los alegatos y la decisión cuestionada, desde la perspectiva del derecho al debido proceso, en su faceta de motivación de las sanciones administrativas (ver *supra*, numerales 50 a 60), la Sala concluye que el argumento alusivo a la violación del debido proceso por no estar demostrada la responsabilidad en la comisión de la falta al régimen migratorio no está llamado a prosperar. Lo anterior, comoquiera que en el trámite del procedimiento administrativo quedó demostrado que Migración Colombia (i) recaudó las pruebas que demostraron la presentación de un documento inexistente para obtener la expedición de las visas; (ii) motivó de manera razonable la adecuación de dicha conducta a los términos de la falta migratoria por fraude en la obtención de dichos documentos; y (iii) desvirtuó con argumentos fundados en la ley y la jurisprudencia constitucional la tesis planteada por la defensa en cuanto a la ausencia de intención en la comisión de la falta.

⁸⁷ El apoderado judicial recurrió la resolución anotada, argumentando que (i) Migración Colombia aplicó de manera incorrecta un régimen de responsabilidad objetiva, sin tener en consideración que el extranjero no tenía la intención de engañar a las autoridades migratorias, toda vez que el error en el registro del matrimonio era imputable a un tercero que asaltó su buena fe; (ii) las pruebas rechazadas en el proceso demostraban que el actor actuó de buena fe en el trámite de las visas; y (iii) las circunstancias particulares del hijo menor del accionante no fueron valoradas al momento de definir la sanción de deportación. Ver folios 74 a 81 del cuaderno No.2.

⁸⁸ Ver folio 100 del cuaderno No.2.

84. De ahí que, para la Sala el cargo por violación del debido proceso que alude a la ausencia de responsabilidad administrativa del ciudadano cubano no es en sí mismo un defecto que comprometa la eficacia del derecho invocado, sino que tan solo se trata de una reproducción de los argumentos que fueron planteados y no acogidos al interior del proceso administrativo sancionatorio. Por ello, y en la medida que la función del juez constitucional no es reabrir debates legales que finalizaron en las instancias administrativas que se surtieron con apego a las garantías procesales, la Sala mantendrá incólume lo dispuesto en el acto administrativo señalado, en cuanto a la declaratoria de responsabilidad administrativa del accionante por haber infringido el régimen migratorio por haber sido probadas las causales que configuran las sanciones migratorias de forma objetiva y razonable.

85. En segundo lugar, corresponde a la Sala determinar si la restricción del derecho a la unidad familiar de los niños derivada de la medida de deportación es constitucionalmente válida, esto es, si la autoridad migratoria cumplió con el deber de evaluar el vínculo familiar del accionante y de su menor hijo, así como las condiciones particulares de este último, previo a la imposición de la sanción de deportación.

86. Con relación a la situación familiar del extranjero y de su menor hijo, durante el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, Migración Colombia manifestó que, con antelación a la expedición de la resolución de deportación, *“conocía que el extranjero tiene un hijo colombiano menor de edad”*, pues *“indagó la situación familiar de este, siendo informados por parte de la madre del menor que él se encontraba bajo su cuidado y el de su abuela materna”*. Por ello, *“consideró que si bien existe un vínculo familiar entre padre e hijo, en este caso, el vínculo no era muy estrecho”*. De ahí que, la imposición de la sanción de deportación por tres (3) años, siendo la máxima para este tipo de medida diez (10) años, fue contemplada como una medida *“proporcional, objetiva y razonable, para la infracción cometida”*. Unido a ello, aportó copia del acta de visita de verificación migratoria realizada al domicilio del niño Luciano Duarte León, el treinta (30) de mayo de 2019, donde la abuela materna manifestó que este se encuentra bajo su cuidado desde que la madre salió del país, y que el padre (accionante) aporta de manera esporádica para la manutención y *“lo visita de vez en cuando, ya que lleva una vida muy desordenada”*.

87. La Sala concluye que las anteriores afirmaciones carecen de fundamento fáctico y probatorio, toda vez que los elementos de juicio anexos al expediente del proceso migratorio demuestran lo siguiente: (i) las labores realizadas en la etapa preliminar de investigación registraron información precaria del núcleo familiar del extranjero al omitir referirse a la existencia de su menor hijo Luciano (ver *supra*, numeral 6, 7 y 86); (ii) ni en la fase probatoria ni en otro momento del proceso se dispuso la práctica de prueba idónea para evaluar el vínculo familiar del ciudadano cubano con su menor hijo nacional colombiano, pese a que desde el comienzo de la actuación la entidad tuvo conocimiento del Registro Civil de Nacimiento del menor (ver *supra*, numeral 74); y (iii) la visita de verificación migratoria al hogar del niño fue realizada con posterioridad a la

expedición de las resoluciones de deportación y de las que resolvieron los recursos de reposición y apelación (ver *supra*, numeral 20).

88. De la motivación de las resoluciones atacadas y los argumentos presentados en sede de revisión ante la Corte, es claro que Migración Colombia justifica su actuación frente a los derechos del menor hijo del accionante y defiende la prevalencia del ejercicio de las facultades migratorias del Estado sobre el derecho de los niños a tener una familia y no ser separada de ella, al considerar que la sentencia T-215 de 1996 fijó la regla según la cual la protección de los derechos anotados “*no son compatibles con acciones fraudulentas y de engaño*” y que “*no sirven para eludir la responsabilidad penal*”⁸⁹. No obstante, advierte la Sala que la interpretación hecha por la accionada sobre el precedente judicial referido no se ajusta a la Constitución, toda vez que anula por completo las garantías constitucionales mínimas que tienen los niños y las niñas cuando se adoptan medidas legales que limitan la unidad familiar, pues exonera a la autoridad migratoria del deber de valorar en detalle la situación familiar del extranjero.

89. Como se señaló con antelación (ver *supra*, sección II.E), el ejercicio de la potestad migratoria del Estado entra en colisión con la eficacia de derechos fundamentales de los extranjeros y, en especial, de los niños y las niñas, tal y como ocurre en el presente caso por la orden de deportación impuesta contra un ciudadano cubano que es padre de un menor hijo de nacionalidad colombiana. La jurisprudencia ha establecido que la forma de armonizar los derechos y principios en tensión es el cumplimiento de los requerimientos constitucionales y legales exigidos para la intervención a la unidad familiar (ver *supra*, numerales 61 a 70). En el contexto migratorio, esa garantía se concreta en el deber de evaluar de forma detallada y diligente los eventuales vínculos naturales o jurídicos de paternidad o maternidad que la persona extranjera involucrada mantenga en el país con menores.

90. Por lo demás, en la medida que se verificó el incumplimiento del deber mencionado (ver *supra*, numeral 89) y teniendo en cuenta que este ha sido entendido como un componente del debido proceso, cuyo desconocimiento afecta el interés superior del menor, la Sala concluye que la entidad accionada violó el derecho al debido proceso administrativo del accionante, por no haber analizado sus condiciones familiares y, en consecuencia, vulneró el derecho fundamental del menor Luciano Duarte León a tener una familia y no ser separado de ella, por no haber evaluado ni haber tenido en cuenta para definir y graduar la sanción migratoria, la realidad del vínculo familiar con su padre ni tampoco las consecuencias negativas que se podrían derivar de la medida de deportación para sus condiciones personales, familiares, sociales y económicas.

91. Sobre la base de lo anterior, la Sala concederá el amparo del derecho fundamental vulnerado y, en consecuencia, primero, dejará sin efectos los actos administrativos por medio de los cuales se resolvieron los recursos de

⁸⁹ Se precisa que la solución aplicada al caso concreto en la sentencia T-215 de 1996, no puede desconocer la regla según la cual la autoridad de migración tiene el deber de valorar la situación familiar del extranjero en cada caso.

reposición y en subsidio apelación. Segundo, dejará parcialmente sin efectos la resolución que ordenó la deportación y prohibición de ingreso al país contra el accionante, en lo que tiene que ver con la imposición de dicha sanción sin tener en cuenta la situación familiar del tutelante. Por consiguiente, se ordenará a Migración Colombia que modifique la resolución en lo pertinente, para, en su lugar, evalúe y defina cuál es el estado del vínculo familiar entre el actor y su menor hijo. El resultado de esta averiguación, en conjunto con la naturaleza de la infracción y los criterios previstos en la ley para la valoración de la sanción⁹⁰, deberán ser tenidos en cuenta para determinar y graduar la imposición de dicha sanción. Finalmente, Migración Colombia podrá, en el marco de sus competencias, conferir al ciudadano cubano el salvoconducto de permanencia temporal en el país, con el ánimo de regularizar su situación de forma transitoria, en tanto, se revisa nuevamente la resolución y se expide un nuevo acto administrativo que valore la situación del menor de edad.

92. Para tal efecto, la entidad, en uso de las facultades que le asisten, podrá emplear el mecanismo que considere adecuado para los fines expuestos, por ejemplo, requerir el auxilio técnico y científico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para determinar la verdadera situación familiar⁹¹.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

93. En el caso bajo estudio, le correspondió a la Sala revisar los fallos que resolvieron la acción de tutela interpuesta por el ciudadano cubano Tirso Oriol Duarte Lescay, por intermedio de apoderado judicial y en representación de su menor hijo Luciano Duarte León, contra las resoluciones por medio de las cuales Migración Colombia dispuso la deportación y prohibición al país por el término de tres (3) años. Los cargos por violación del derecho al debido proceso se concretan en, primero, indebida motivación por la ausencia de responsabilidad en la comisión de la falta migratoria, y segundo, omisión en la evaluación de la situación familiar del extranjero y, en efecto, del vínculo familiar con su menor hijo.

94. Frente al problema jurídico planteado, la Sala, primero, encontró que no cabe reproche constitucional alguno sobre la declaratoria de responsabilidad administrativa del extranjero, en lo que respecta a las causales de fraude en la obtención de visado colombiano, por cuanto se soportó en el material probatorio conducente y se agotaron todas las fases del procedimiento sancionatorio, procurando el ejercicio del derecho a la defensa y contradicción sobre este punto. A lo anterior, se suma el hecho que salvo algunas excepciones, los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales colombianos, sin embargo, esto conlleva deberes en razón a que deben cumplir con las obligaciones que el Legislador establece para todos los que se encuentran en el territorio nacional en cuanto al acatamiento de la Constitución, las leyes y el respeto a las autoridades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º Superior.

⁹⁰ Por lo menos, deberá consultarse lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 1437 de 2011 y en los artículos 27 y 28 de la Resolución 0714 del 12 de junio de 2015.

⁹¹ En ese mismo sentido, se puede consultar lo dispuesto en la sentencia T-215 de 1996.

95. Sin embargo, en segundo lugar, constató que la autoridad accionada, a partir de una interpretación errada del precedente constitucional, incumplió el deber de evaluar desde el inicio y hasta el final del proceso migratorio, el contexto familiar del sancionado y la realidad del vínculo paterno que este sostiene con su menor hijo, nacido en territorio colombiano. Por lo cual, se impartirán las órdenes que se indican a continuación (ver supra, numeral 91).

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Valle del Cauca, el once (11) de diciembre de 2018, y el fallo del juez de primera instancia proferido por el Juzgado Quinto Penal Especializado de Cali, Valle del Cauca, el veintidós (22) de octubre de 2018; y en su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho al debido proceso administrativo del señor Tirso Oriol Duarte Lescay, en conexidad con el derecho del menor de edad Luciano Duarte León a tener una familia y no ser separado de ella.

SEGUNDO. - DEJAR SIN EFECTOS PARCIALMENTE la Resolución No. 20177080010676 del veintidós (22) de junio de 2017, expedida por el Director Regional Occidente de Migración Colombia, “*Por medio de la cual se decide una deportación del territorio colombiano*”, en lo que tiene que ver con la imposición de dicha sanción sin tener en cuenta la situación familiar de la accionante. En consecuencia, **ORDENAR** a Migración Colombia que, dentro del término de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, modifique esta resolución en lo pertinente, para, en su lugar, evalúe y defina cuál es el estado del vínculo familiar entre el actor y su menor hijo. El resultado de esta averiguación, en conjunto con la naturaleza de la infracción y los criterios previstos en la ley para la valoración de la sanción, deberá ser tenido en cuenta para determinar y graduar la imposición de esta.

TERCERO. – En virtud de lo anterior, **DEJAR SIN EFECTOS** la Resolución No. 20185020000296 de doce (12) de junio de 2018, expedida por la Subdirectora de Verificación Migratoria de Migración Colombia, “*Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación*”; y la Resolución No.20177080016406 de veintisiete (27) de septiembre de 2017, expedida por el Director Regional Occidente de esta entidad, “*Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición*”.

CUARTO. –LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes y terceros intervinientes, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, a través del Juzgado Quinto Penal Especializado de Cali, Valle del Cauca.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General