

NACIONALIDAD - Concepto. Marco legal / DOMICILIO - Concepto / EXTRANJEROS - Derechos de los hijos nacidos en territorio colombiano. Deberes / DERECHOS DE LOS NIÑOS - Nacionalidad. Hijos de extranjeros nacidos en territorio colombiano / VISAS - Vigencia. Causales de expiración. Clases. Requisitos para su obtención / TRABAJADORES MIGRATORIOS - Deberes. Derechos / PASAPORTE - Requisitos de expedición. Hijo de padres extranjeros con situación irregular en el país / NACIONALIDAD COLOMBIANA - Requisitos para que proceda reconocimiento a hijo de extranjeros

NOTA DE RELATORIA: El Concepto contiene completo desarrollo legal y jurisprudencial de los siguientes temas: 1) Condiciones de ingreso, permanencia y salida de los extranjeros del territorio Colombiano 1.1) Territorio y soberanía 1.2) Las normas sobre control de extranjeros y migración 1.2.1) La regulación interna 1.2.2) La "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1990 2) Los nacionales, los extranjeros y la nacionalidad colombiana. Análisis constitucional y legal 2.1) Nacionales y extranjeros. 2.2) La sujeción de los extranjeros a la ley colombiana 2.3) La nacionalidad 2.4) El domicilio 3) Las normas internacionales. Los derechos de los niños 3.1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica 3.2) La Convención sobre los Derechos del Niño. La nacionalidad del niño 3.3.1) El derecho a tener una nacionalidad 3.3.2) Los efectos de los derechos de los niños en la situación irregular de sus padres extranjeros en Colombia 4) El registro del nacimiento y el pasaporte 4.1) El registro del nacimiento 4.2) El pasaporte. Autorizada la publicación con oficio 39449 de 8 de agosto de 2005.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 1653

Actor: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Referencia: Nacionalidad. Domicilio. Extranjeros con visa temporal o en situación irregular. Hijos nacidos en territorio colombiano

El Ministerio de Relaciones Exteriores ha elevado consulta a esta Corporación, relacionada con la definición de la nacionalidad de los menores nacidos en territorio colombiano, hijos de extranjeros que se encuentran en el país con visa temporal o en situación irregular, requiriendo un especial análisis del concepto de "domicilio" y sus efectos jurídicos. Las inquietudes que se plantean en la consulta son las siguientes:

1) ¿Los extranjeros que se encuentran en territorio nacional violando el régimen migratorio, se deben considerar domiciliados en Colombia?

2) *¿Pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento, los hijos de parejas extranjeras nacidos en Colombia que violan el régimen migratorio, esto es, sin haber obtenido ningún tipo de visa y al que otro Estado les reconoce la nacionalidad?*

3) *¿Los extranjeros que se encuentran en territorio colombiano con visa temporal, se encuentran domiciliados en Colombia a pesar de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 4000 del 2004?*

4) *¿Pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento los hijos de una pareja extranjera nacidos en Colombia al que el Estado de origen de los padres les reconoce la nacionalidad por sangre y cuyos padres se encuentran en territorio nacional con una visa temporal?*

5) *¿La presentación de una declaración extrajudicial ante un notario público o ante el alcalde de la municipalidad donde reside un extranjero con permanencia irregular en Colombia, puede considerarse como prueba de su domicilio?*

6) *Salvo lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño y en el Pacto de San José de Costa Rica, ¿Es obligación expedir pasaporte colombiano a los hijos (nacidos en Colombia) de parejas extranjeras que se encuentran en situación irregular, cuando el Estado de origen de los padres les reconoce la nacionalidad a esos menores?*

7) *¿Por haber tenido un hijo en Colombia, se debe expedir visa a la pareja de extranjeros que se encuentra en situación irregular, es decir, violando el régimen migratorio?*

Explica la señora Ministra de Relaciones Exteriores que en ocasiones se dan los siguientes hechos:

a) Parejas de extranjeros que, encontrándose en situación irregular, acuden a solicitar pasaporte colombiano para sus hijos menores nacidos en el país y visa para ellos;

b) Parejas de extranjeros que ingresaron con visa temporal, solicitan pasaporte para sus hijos nacidos en territorio colombiano, presentando solamente el registro civil de nacimiento de los menores (el Ministerio exige la presentación de la visa temporal).

En ambos casos, ante la negativa del Ministerio, los extranjeros *“interponen acciones para que se conmine al Ministerio a expedir el pasaporte a ese menor (que por derecho de sangre o descendencia tiene derecho a la nacionalidad de los padres), para luego, con base en ese documento regularizar o modificar su situación migratoria.”*

En el texto de la consulta, el Ministerio hace la precisión de que, acogiendo la definición de domicilio que trae el artículo 13 del Decreto 4000 del 2004, entiende que un extranjero está domiciliado en Colombia solamente cuando le ha sido expedida la visa de residente.

Así mismo cita y comenta: el numeral 1º, literal a) del artículo 96 de la Constitución Política; el Decreto 4000 del 2004, que regula la expedición de visas, el control de extranjeros y otras materias referentes a la migración, particularmente en cuanto

atañe las visas temporal y de residente y a la definición de “domicilio” adoptada en el artículo 13 de ese mismo Decreto; la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos); la Ley 43 de 1993, que contiene, entre otras disposiciones, las relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana, desarrolla el artículo 40, numeral 7, de la Carta, y se refiere al domicilio y sus efectos en materia de nacionalidad.

Para responder la Sala CONSIDERA:

Con el fin de sustentar las respuestas a la consulta, la Sala se referirá en primer lugar a la regulación sobre el ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio colombiano; en segundo lugar, al análisis constitucional y legal de las condiciones en las cuales los hijos de extranjeros pueden ser considerados nacionales colombianos por nacimiento; en tercer lugar, a los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Colombia sobre derechos humanos y derechos de los niños, en los que se contempla como uno de los derechos fundamentales de la persona humana en general y de los niños en particular, el de tener una nacionalidad; y en último lugar, a las diferencias que existen entre el registro civil de nacimiento, que acredita el sólo hecho del nacimiento, y el pasaporte, como documento de identidad y efecto de la nacionalidad.

1. Condiciones de ingreso, permanencia y salida de los extranjeros del territorio Colombiano.

La consulta hace precisa referencia a dos circunstancias en las cuales pueden encontrarse los extranjeros en Colombia: la permanencia en situación irregular y la permanencia con visa temporal. Ambas atañen a la regulación nacional e internacional sobre la migración. Para efectos de su análisis, la Sala se detendrá brevemente en los conceptos de territorio y soberanía.

1.1. Territorio y soberanía

El territorio y la soberanía son elementos constitutivos de la noción jurídica de Estado, junto con la población.

El **territorio** es el lugar o espacio físico que delimita el ejercicio de sus competencias. Está integrado por el suelo, el subsuelo, las áreas marinas y submarinas, el espacio aéreo, el espectro electromagnético y el segmento correspondiente de la órbita geostacionaria¹. Dentro de él, cada Estado prescribe y aplica la Constitución Política y las demás normas internas, por ser éste su “natural ámbito espacial de validez.”²

¹ Artículo 101: “Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que se a parte la Nación. / Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán ser modificados en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República. / Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Isla de Malpelo y demás islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen. / También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.”

Artículo 102: El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.”

² Ver, entre otras, Sentencias C-191-98, C-395-02, T-1157-00, T-1736/00, T-283-01

La **soberanía**, a nivel interno se expresa en *“la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados”*. Y a nivel internacional se manifiesta como *“la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc.”*³

1.2. Las normas sobre control de extranjeros y migración

En el Derecho Internacional Público, el control de los extranjeros y el tema migratorio están reconocidos como inherentes al ejercicio de la soberanía de los Estados.

1.2.1 La regulación interna:

En Sentencia C- 1259 del 2001, la Corte Constitucional destaca:

*“Ahora bien, dada la trascendencia que la nacionalidad tiene en la dinámica de los Estados modernos, como una emanación del principio de soberanía, disponen de la facultad de regular el ingreso y permanencia de extranjeros. Esto es comprensible pues todo Estado debe tener conocimiento de los nacionales de otros países que ingresan a su territorio, de los propósitos con que lo hacen y de las actividades a que se dedican pues ese conocimiento le permite ejercer un control adecuado que atienda también los intereses de sus nacionales.”*⁴

Es pues, incontrastable el derecho soberano que le asiste a cada Estado de permitir o rechazar el ingreso de los extranjeros a su territorio.

En derecho colombiano, la regulación actualmente vigente sobre este derecho soberano se encuentra en el Decreto 4000 del 30 de noviembre del 2004, *“Por el cual se dictan disposiciones sobre la expedición de visas, control de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de migración”*.

El Decreto en cita está expedido en ejercicio de la competencia para *“dirigir las relaciones internacionales”* que le confiere el artículo 189, numeral 2, de la Constitución al Presidente de la República como Jefe de Estado⁵.

Sin perder de vista los compromisos adquiridos a través de instrumentos internacionales, la materia de que trata el Decreto 4000 de 2004 es expresión

directa del ejercicio de la soberanía del Estado a nivel interno, y así se reafirma en su artículo 1º, incisos primero y final, a cuyo tenor:

“Es competencia discrecional del Gobierno Nacional, fundado en el principio de la soberanía del Estado, autorizar el ingreso y la permanencia de extranjeros al país.”(...)

³ Sentencia C-191-98 Corte Constitucional.

⁴ Sentencia C-1259-01 (29 de noviembre) Referencia: Exp. D-3574 - Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74 de la Ley 141 de 1961, Código Sustantivo del Trabajo – M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Dice así el artículo citado: *“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.”* (...).

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el ingreso, permanencia y/o salida de extranjeros del territorio nacional, se regirá por las disposiciones de este decreto y por las políticas establecidas por el Gobierno Nacional.”

Los incisos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo, asignan las competencias en la materia al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Ahora bien, el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el territorio colombiano se concretan en autorizaciones o permisos.

El Decreto 4000 de 2004, en el artículo 5º, define la visa como *“la autorización concedida a un extranjero para el ingreso y permanencia en el territorio nacional otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.”* En el artículo 6º del mismo se refiere al “permiso de ingreso y permanencia” que compete expedir al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en los casos de extranjeros que no requieran visa de visitante, de acuerdo con lo que al respecto establezca el Ministerio de Relaciones Exteriores. En el artículo 9º se trata la vigencia de las visas y sus causales de expiración, y en el artículo 10 se regula la cancelación de las mismas.

El artículo 13 ibidem se refiere al domicilio en los siguientes términos:

*“Para efectos del presente decreto, **se considera que tiene domicilio en Colombia el extranjero titular de visa de residente.** En consecuencia, el término para poder obtener la nacionalidad colombiana por adopción se contará a partir de la fecha de expedición de la correspondiente visa de residente.”* (Las negrillas no son del texto)

El Título IV, regula las “Clases y categorías de visas”. De acuerdo con el artículo 21, las visas son: 1. de cortesía; 2. de negocios; 3. de tripulante; 4. temporal, de trabajador, de cónyuge, o compañero(a) permanente de nacional colombiano(a), de padre o madre de nacional colombiano, de religioso, de estudiante, especial, de refugiado o asilado; 5. de residente, de residente como familiar de nacional colombiano, de residente calificado, de residente inversionista; 6. de visitante, de turismo, de visitante técnico, de visitante temporal. Todas tienen en común su temporalidad, salvo la visa de residente cuya vigencia es indefinida, aunque expira en caso de que el titular se ausente del país por más de dos años continuos.⁷

Para efectos de la consulta, se detiene la Sala en las visas temporal y de residente.

La primera, regulada en el Título VIII, se define como aquella que *“podrá ser otorgada para múltiples entradas por el grupo interno de trabajo que el Ministro de Relaciones Exteriores determine o las oficinas consulares de la República, al extranjero que pretenda desarrollar alguna de las actividades comprendidas en el presente título.”*(Artículo 28).

La segunda está reglamentada en el Título IX. El artículo 48 la define como aquella que se otorga *“por término indefinido y para múltiples entradas, al extranjero que pretenda establecerse en el país de manera definitiva.”* (Se subraya).

⁷ Artículo 49: *“La vigencia de la visa de residente terminará si el extranjero se ausenta del país por más de dos (2) años continuos.”*

Para la visa de residente, de acuerdo con esta normativa, a la residencia del extranjero en Colombia ha de sumarse su ánimo de permanencia en el territorio nacional para que pueda ser otorgada en cualquiera de sus categorías.

La Sala resalta el verbo rector *establecerse* y la calificación de la acción como *definitiva*, porque según se verá más adelante, guardan inequívoca correspondencia con los elementos constitutivos del concepto de domicilio en el Código Civil y en las normas constitucionales y legales que regulan la nacionalidad colombiana.

El Título XIII del Decreto 4000 de 2004 se refiere al “Control migratorio”. Incluye en el artículo 70, la definición de la “situación irregular” de los extranjeros en nuestro país, en los siguientes términos:

“Considérase irregular la permanencia en el territorio nacional cuando se dan los supuestos mencionados en el artículo anterior⁸ y/o cuando el extranjero habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido, sin la autorización requerida para realizar la actividad que se encuentra desarrollando en el territorio nacional o con documentación falsa.”

Finalmente, en el Título XIV, el Decreto 4000 de 2004 contiene el régimen sancionatorio aplicable al extranjero que viole sus disposiciones.

1.2.2. La "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1990.

Este instrumento internacional está incorporado al derecho interno en virtud de su aprobación por la Ley 146 de 1994 y fue ratificado por Colombia el 24 de mayo de 1995.

Los Estados Partes, invocando “*en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos (1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 2/, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (3), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (4) y la Convención sobre los Derechos del Niño (5)*”, así como varios de los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros tratados y convenios internacionales, adquirieron compromisos en torno a “*los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición*”.

Los artículos 2º y 3º se ocupan de definir el “trabajador migratorio”, y de relacionar a quiénes no quedan incluidos dentro de este concepto.

El artículo 4º dice que “*el término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al*

⁸ Artículo 69: Considérase irregular el ingreso al territorio nacional en los siguientes casos: 69.1. Ingreso al país por lugar no habilitado. 69.2. Ingreso al país por lugar habilitado pero evadiendo u omitiendo el control migratorio. 69.3. Ingreso al país sin la correspondiente documentación o con documentación falsa.

matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.”

Llama la atención la Sala en el artículo 5º de la Convención en comento, por la identidad que guarda con el Decreto 4000 de 2004 en cuanto al criterio y tratamiento de la situación del trabajador migratorio y sus familiares respecto de su sujeción a la legislación del Estado en el que se encuentre:

“A los efectos de la presente convención, los trabajadores migratorios y sus familiares:

a) Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte;

b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo.” (Se subraya)

Por lo demás, el articulado de esta Convención reitera con referencia a los trabajadores migratorios y sus familiares, los derechos y deberes que les asisten en los territorios en los cuales se encuentran.⁹

2. Los nacionales, los extranjeros y la nacionalidad colombiana. Análisis constitucional y legal.

2.1. Nacionales y extranjeros:

La Constitución Política de 1991 consagra como regla general la igualdad entre nacionales y extranjeros en materia de derechos civiles, a la par que impone como deber para ambos la sujeción al ordenamiento jurídico colombiano y a sus autoridades. Dicen los artículos 4º, inciso segundo, 13, primer inciso y 100:

Artículo 4º. (...) *“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”*

Artículo 13. *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos,*

⁹ Cabe destacar que el derecho internacional, ha reconocido que la protección de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, no contraría el principio soberano de cada Estado de definir el ingreso y la permanencia de los extranjeros. Es así como el artículo 79 de la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares” consagra que. *“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención.”* En igual sentido, la “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven” adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985, no ratificada en el derecho interno colombiano, prescribe que: *“Artículo 1. Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos.”*

libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (...)”.

Artículo 100. “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, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. / Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.”

El Título III de la Constitución, trata “De los habitantes y del territorio”. El Capítulo 1 se refiere a la Nacionalidad. Y el artículo 96, modificado por el Acto Legislativo No. 1 del 2002¹⁰, artículo 1º, estatuye en lo pertinente:

Artículo 96: “Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

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

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

2. Por adopción (...)”

Las negrillas destacan el aparte normativo que, en criterio de la Sala, enmarca el tema consultado:

¿Qué ha de entenderse por la condición constitucional referida al extranjero, de estar “domiciliado”; y por ende, cuál es el efecto de tal condición respecto de la nacionalidad del hijo y de su propia situación cuando ésta es irregular o temporal?

2.2. La sujeción de los extranjeros a la ley colombiana:

La soberanía que ejerce el Estado con referencia a su elemento territorial o espacial, tiene, entre sus varias manifestaciones, la expresada en el principio de la aplicación de la ley en el espacio, conforme al cual todos los hechos, actos, bienes y personas localizados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio (sentido positivo); y por ende, los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio (sentido negativo).

La concreción normativa de este principio en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en:

¹⁰ Modificación que consistió en agregar la posibilidad del registro en una oficina consular de Colombia, en el caso de los nacidos en el extranjero de padre o madre colombianos.

- El inciso segundo del artículo cuarto de la Constitución Política conforme al cual tanto los nacionales como los extranjeros que se encuentren en Colombia tienen el deber de “acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

- El Art. 18 del Código Civil a cuyo tenor: “La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”.

- El Art. 59 de la Ley 149 de 1888 que preceptúa: “Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos”.¹¹

Sobre los deberes de los extranjeros en Colombia, la Corte Constitucional en Sentencia T-215-96, señaló:

“Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residentes en el territorio de la República pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el artículo 4o. inciso segundo de la Carta que expresa: ‘Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades’.”¹²

El pronunciamiento aquí invocado tiene especial relevancia pues resolvió el caso de una deportación por permanencia irregular en el país del padre de nacionalidad alemana con dos hijos menores nacidos en Colombia, en el que se pretendía la prevalencia de los derechos de dichos niños a la unidad familiar. Hecho el análisis de los deberes de los extranjeros, la Corte fue explícita en considerar que en el conflicto planteado por el derecho de los niños no podía prevalecer sobre el poder punitivo del Estado y la responsabilidad penal del extranjero que se encontraba en territorio colombiano violando los deberes que le imponía nuestro ordenamiento.

2.3. La nacionalidad:

La **ley 43 de 1993**¹³, “Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 1º repite la versión original del artículo 96 de la Constitución Política. En cuanto interesa a este concepto, dice la norma:

ARTICULO 1o. Son nacionales colombianos de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución Política:

1. Por nacimiento:

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

¹¹ Citado en la Sentencia C-395-02

¹² T-215-96 (mayo 15) Referencia: Expediente T-88456 - Actora: Raquel Estupiñán Henríquez en representación de los hijos menores – M.P. Fabio Morón Díaz. En igual sentido, ver la Sentencia T-321-05.

¹³ De febrero 1. Publicada en el Diario Oficial No. 40.735, de 1 de febrero de 1993

En el artículo 2º se refiere a los requisitos para ser colombiano por nacimiento, tanto respecto de los nacidos dentro del territorio nacional como en los lugares del exterior que se asimilan a él según lo dispuesto en los tratados internacionales o en la costumbre internacional. En el inciso tercero, dispone:

Por domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil. (La negrilla no es del texto)."

En el artículo 3º trata de la prueba de la nacionalidad:

*"Para todos los efectos legales se considerarán como pruebas de la nacionalidad colombiana, la tarjeta de identidad o la cédula de ciudadanía expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil o el registro civil, para los menores de 7 años **acompañado de la prueba del domicilio cuando sea el caso.**"* (Se destaca).

La Ley 43 en las disposiciones transcritas, naturalmente toma los elementos constitucionales de la nacionalidad por nacimiento tratándose de hijos de extranjeros, a saber: (i) su nacimiento en territorio colombiano; (ii) el domicilio en Colombia de alguno de los padres. Incorpora el concepto y la regulación del Código Civil en materia de domicilio, y exige su prueba para obtener el reconocimiento de la nacionalidad.

2.4. El domicilio:

El **Código Civil**, señala que las personas son naturales y jurídicas¹⁴. En el artículo 75 dispone:

"Las personas se dividen, además, en domiciliadas y transeúntes." (Se subraya).

A continuación, el mismo código, se refiere al domicilio desde dos puntos de vista: (i) "en cuanto depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella"; (ii) y, "en cuanto depende de la condición o estado civil de la persona". Interesa a la consulta el primero, respecto del cual, el Código en comento incorpora la siguiente definición:

Artículo 76: *"El domicilio consiste en la **residencia** acompañada, real o presuntivamente del **ánimo de permanecer** en ella."*

Con las negrillas destaca la Sala que en nuestro ordenamiento son dos los elementos de hecho que configuran el concepto jurídico de domicilio: (i) el residir o estar en un lugar; y (ii) el ánimo de permanencia.

El lugar en el que se reside corresponde a una parte específica del territorio colombiano, en las voces del artículo 77 ibídem, a cuyo tenor:

"El domicilio civil es relativo a una parte determinada de un lugar de la Unión o de un territorio."

Teniendo en cuenta la definición de "Unión" contenida en el artículo segundo¹⁵ del mismo Código, el artículo 77 circunscribe el domicilio a un lugar específico dentro

¹⁴ Artículo 73.

¹⁵ Artículo 2º: - "Los términos territorio, prefecto, unión, Estados Unidos de Colombia, Presidente del Estado, que se emplean en el Código Civil, se entenderán dichos con referencia a las nuevas entidades o funcionarios constitucionales, según el caso lo requiera."

del territorio colombiano; y el artículo 78 identifica el domicilio civil, entendido como una parte de ese espacio territorial colombiano, con la “vecindad” o “lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio”.

Los artículos 79, 80 y 81, enlistan una serie de hechos negativos y positivos de los cuales presume la ley la ausencia o presencia del ánimo de permanencia en un espacio físico determinado.

El Código Civil no define el concepto de “residencia”. Solamente señala en el artículo 84:

“La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte.”

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define *residencia* como: “Acción o efecto de residir / Lugar en que se reside”. Y *residir*, como: “Estar de asiento en un lugar. / Asistir uno personalmente en determinado lugar por razón de su empleo, dignidad o beneficio, ejerciéndolo.”

Vale decir, que el elemento determinante del “domicilio” es el ánimo de permanecer. Vocablo que según el Diccionario en cita significa: “Mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad.”

La jurisprudencia constitucional y varios pronunciamientos de esta Sala se han referido al concepto de domicilio. Baste citar la Sentencia C-379-98¹⁶ y los Conceptos con radicación 1070 de 1998, 1183 de 1999, 1445 de 2002 y 1560 de 2004, que tratan directamente el tema de la nacionalidad y el domicilio como su factor habilitante.

De lo hasta aquí dicho ha de resaltarse que el concepto de “domicilio” es, en la Constitución y en la ley, una condición determinante de la nacionalidad y de los efectos que de ella se derivan; que es único y es el mismo, tanto para los nacionales como para los extranjeros, puesto que el Código Civil y la legislación sobre nacionalidad y sobre control de extranjeros y migración, lo definen como el ánimo de permanecer en territorio colombiano. A lo cual se agrega que, siendo deber de los extranjeros sujetarse a la ley colombiana para ingresar y permanecer en el país, sólo pueden reconocerse y ser reconocidos como domiciliados cuando les ha sido otorgada la visa de residentes, habida cuenta de la relación directa que tiene esta clase de visa con el domicilio en virtud de lo dispuesto por los artículos 13 y 48 del Decreto 4000 del 2004.

Hace notar la Sala que sólo para la visa de residente se exige la declaración de la intención de permanecer en el territorio nacional; para las demás visas, la razón que aduce el extranjero para ingresar al país, permite colegir que carece del ánimo de radicarse en él y, por lo mismo, se le otorga algún otro tipo de visa. Por lo tanto, los extranjeros titulares de cualquier visa diferente de la de residente son transeúntes en los términos del artículo 75 del Código Civil.

De lo expuesto se desprende otra consecuencia fundamental para este concepto: la visa de residente se convierte en la prueba del ánimo de permanecer en el

¹⁶ Sentencia C-379-98 (julio 27) Exp. D-1946 M.P. José Gregorio Hernández Inconstitucionalidad artículos 89, 196 y 208 del C. C.: “Consiste el domicilio en “la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella”, de conformidad con la definición del artículo 76 del Código Civil, y significa, para los fines de la aplicación de las normas jurídicas en las más variadas relaciones, el lugar en el cual se encuentra ubicada una persona para los efectos de ejercer sus derechos y de cumplir sus obligaciones.”

territorio colombiano para efectos del domicilio. Puede suceder que un extranjero que ingresó en un primer momento como transeúnte decida residir en el país, para lo cual deberá solicitar el correspondiente cambio de visa y la regularización de su situación, pues no puede, sin violar las normas sobre migración, hacer caso omiso de las mismas y oponerle al Estado su situación de hecho, buscando fincar en ésta un derecho.

3. Las normas internacionales. Los derechos de los niños

3.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica.

La **ley 16 de 1972**, (Diciembre 30), “Por medio de la cual se aprueba la convención americana sobre derechos humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica’, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969”, incorporó al derecho interno este tratado.

Los Estados Partes en esta Convención y por supuesto Colombia, que la incorporó a su legislación, se obligan a respetar los derechos y libertades que como atributos propios tiene la persona, precisando que ésta es “todo ser humano”¹⁷, para efectos de la Convención.

En el artículo segundo asumen como deber el de adaptar su derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención. En el artículo 20, dentro del Capítulo II, sobre “Derechos civiles y políticos”, los firmantes se refieren al “Derecho a la nacionalidad”, en los siguientes términos:

“Artículo 20. Derecho a la nacionalidad.

- 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*
- 2. **Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra.** (Se destaca).*
- 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.”*

A la luz de esta disposición, la nacionalidad por el sólo hecho del nacimiento, es supletiva; es decir, se es nacional del Estado en cuyo territorio se nace, sólo si no se es nacional de otro Estado.

3.2. La Convención sobre los Derechos del Niño.

En esta Convención, parte de nuestro derecho interno mediante la **ley 12 de 1991** (enero 22), “Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”, los Estados firmantes, entre otras consideraciones, invocan la Declaración Universal de los Derechos Humanos conforme a la cual “*las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales*”; así como la necesidad de “*proporcionar al niño una protección especial*” conforme a los enunciados de la Declaración de Ginebra de

¹⁷ Dice el artículo 1º: “*Obligación de respetar los derechos. / 1. Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. / 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*”

1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros estatutos e instrumentos de organismos especializados y organizaciones internacionales interesadas en el bienestar del niño.

Considera la Sala que para el asunto en estudio, deben analizarse los siguientes artículos de esta Convención:

El *Artículo 1*, que define como niño, para efectos de la Convención, “*el ser humano menor de dieciocho años de edad*”, a menos que en la legislación que le sea aplicable adquiera la mayoría de edad antes de la aquí señalada.¹⁸

El *Artículo 2*, por el cual los Estados se obligan a respetar los derechos enunciados en la Convención, a aplicarlos en su jurisdicción y a tomar todas las medidas apropiadas para la protección del niño contra cualquier forma de discriminación o castigo.

El *Artículo 3*, que consagra la prevalencia del interés superior del niño en todas las medidas que respecto de él tomen los entes públicos y privados.

El *Artículo 4*, que compromete a los Estados a adoptar “*todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...*”.

Los *Artículos 7 y 8*, que se transcriben a continuación:

Artículo 7:

“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

Artículo 8:

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

Al tenor de las normas transcritas, Colombia está obligada para con los menores de 18 años a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que hagan efectivos sus derechos, que eviten discriminaciones negativas por alguna condición referida al niño, a sus padres o a sus representantes legales, teniendo

¹⁸ Constitución Política, Artículo 98, Parágrafo: Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años.

presente que el interés de los niños es superior y primordial¹⁹, pero también “teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres” (artículo 3, numeral 2. Se subraya).

Es pertinente recordar que con antelación a la firma de la Convención en comento, la legislación colombiana ya consagraba derechos de los niños, entre ellos, los de tener un nombre y una nacionalidad.²⁰

Igualmente se destaca en el numeral 2 del artículo 7º de la Convención analizada, la remisión a la “legislación nacional” y a las obligaciones contraídas en otros instrumentos internacionales, para efectos de la aplicación de los derechos a que la norma se refiere, entre ellos el de la nacionalidad.

También es de especial interés el artículo 7º en cuanto consagra el registro del nacimiento del niño, inmediatamente ocurra, así como su derecho “a adquirir una nacionalidad”, resaltando de nuevo que la norma claramente remite a “la legislación nacional”, y a la vez señala que el interés fundamental es que el niño no quede sin patria.

En armonía con esa finalidad de la norma, téngase presente la disposición transcrita del Pacto de San José de Costa Rica (artículo 20), a cuyo tenor, toda persona tiene derecho a una nacionalidad, que será la del Estado en el que nace si no tiene derecho a otra.

3.3. La nacionalidad del niño:

3.3.1. El derecho a tener una nacionalidad.

Como se ha dicho, todo niño tiene derecho a una nacionalidad. En el caso colombiano, los naturales del país, hijos de padres extranjeros, la adquieren si alguno de éstos está domiciliado en Colombia.

Ahora bien, cabe la hipótesis de un niño nacido en territorio colombiano de padres extranjeros, que por causas distintas a los supuestos de la consulta que ahora se responde, no tiene derecho a ninguna otra nacionalidad. Como el niño no puede carecer de patria, entiende la Sala que en aplicación del artículo 20, numeral 2, del Pacto de San José de Costa Rica, el Estado Colombiano está obligado a reconocerle la nacionalidad colombiana por el exclusivo hecho del nacimiento, previa la comprobación de este hecho.

3.3.2. Los efectos de los derechos de los niños en la situación irregular de sus padres extranjeros en Colombia

Es claro para la Sala que los derechos de los niños no pueden validar las condiciones en las cuales, sus padres extranjeros, se encuentren en el territorio colombiano. En este punto recuerda la Sala las disposiciones, ya comentadas, conforme a las cuales los extranjeros están sometidos a la ley colombiana. Igualmente que, las primeras normas que debe cumplir un extranjero, antes de

¹⁹ Consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política vigente: Los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes.

²⁰ Ley 74 de 1968, aprobatoria el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24: “*Todos los niños tienen derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”. Ley 7ª de 1979, artículo 5º. Sobre protección a la niñez, Sistema General de Bienestar Familiar y reorganización del ICBF.

ingresar al país, son las que regulan su entrada en forma legal al territorio colombiano, de suerte que si ésta se efectuó violando la ley, mal puede el extranjero pretender acceder a los derechos derivados del domicilio que suponen la inmigración y estadía conforme a los tratados internacionales y el derecho nacional. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación ha sido la misma en el sentido de que el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el territorio nacional están regulados por el Estado Colombiano y los derechos de los niños, aunque prevalezcan, no sirven para eludir las responsabilidades de sus padres extranjeros.

En Sentencia T-680 del 2002²¹, dijo la Corte:

“3. De manera general, observa la Corte Constitucional, que la existencia de hijos menores de edad, no puede ser aducida como 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 puede ser pretexto para que los adultos se sustraigan de sus deberes y, en el caso de los extranjeros, se recuerda que si bien la Constitución en el artículo 100 les garantiza que disfrutarán de los mismos derechos civiles que los nacionales, sin embargo, en esa misma norma constitucional, se establece que la ley podrá por razones de orden público subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de ciertos derechos, como ocurre por ejemplo, con el de residir en el país, cuando como pena accesoria se le imponga su expulsión del territorio nacional.”

En Sentencia del 19 de marzo de 1998²², la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, acogiendo la vista fiscal en un caso de permanencia ilegal de un extranjero en San Andrés, dijo:

“2.6. Por último, la condición de colombianos de nacimiento de sus hijos menores no es causa que transforme la permanencia ilegal del actor en legal, y en consecuencia no tiene la potencialidad de anular los actos acusados.”

4. El registro del nacimiento y el pasaporte.

4.1. El registro del nacimiento:

Esta Sala, en concepto del 10 de octubre del 2002²³, bajo el título: “2. Estado civil”, explicó:

“La Constitución Nacional defiere a la ley determinar lo concerniente al estado civil de las personas, así como lo relativo a sus derechos y obligaciones. El decreto ley 1260 de 1970 define el estado civil como la situación jurídica de la persona en familia y sociedad, que determina la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, se caracteriza por ser indivisible, indisponible, imprescriptible y, su asignación corresponde a la ley. La misma disposición prevé como uno de los

²¹ T-680 -02, Exp. T-609848, Peticionario: Santos Patricio Escalante Lara, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Ver también Sentencia T-215-96

²² Radicación número: 4763 – Acción de nulidad y restablecimiento del derecho - Consejero ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez -Actor: Tomas Larry Humphries Hudson - Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad “DAS”, de San Andrés (Islas)

²³ Radicación número: 1445 - Consejero ponente: Augusto Trejos Jaramillo - Actor: MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES - Referencia: Acto Legislativo 01 de 2002. Modificación artículo 96 de la Constitución Nacional.

hechos y actos relativos al estado civil de las personas que deben ser inscritos en el registro civil “los nacimientos”, ya sean éstos ocurridos en territorio nacional o extranjero. En este último caso, se refiere a quienes sean hijos de padre y madre colombianos; hijos de padre o madre colombianos de nacimiento o por adopción, o hijos de extranjeros residentes en el país. Establece así mismo la norma en mención el deber de denunciar los nacimientos y solicitar su respectivo registro ante el correspondiente funcionario, dentro del mes siguiente a su ocurrencia; prescribe que los nacimientos ocurridos en el territorio nacional se inscribirán en la respectiva oficina de la circunscripción territorial en que hayan tenido lugar y los ocurridos en el extranjero o durante viaje cuyo destino sea lugar extranjero, se inscribirán en el competente consulado colombiano, en defecto de éste, en la forma y modo previstos en el respectivo país. (Se subraya).

Todo nacimiento que ocurra en territorio colombiano debe ser registrado. La legislación nacional, con el Decreto Ley 1260 de 1970²⁴ y las normas internacionales, particularmente la Convención sobre los derechos del niño que Colombia suscribió e incorporó al derecho interno por la Ley 12 de 1991, consagran como exigencia, el derecho a ser inscrito que todo niño tiene al nacer.

Dispone el Decreto 1260, Título VI, “Del registro de nacimientos”, artículo 44, que en el “*Registro de nacimientos se inscribirán: 1. Los nacimientos que ocurran en el territorio nacional...*”.

El artículo 45 enlista las personas que tienen como deber, la denuncia de un nacimiento y la solicitud de su registro, indicando en primer lugar al padre y en segundo lugar a la madre.

El artículo 52 preceptúa que el registro del nacimiento tiene dos secciones: una genérica y otra específica. En la genérica “**se consignarán solamente el nombre del inscrito, su sexo, el municipio y la fecha de su nacimiento, la oficina donde se inscribió y los números del folio general de la oficina central.**” Datos que constituyen el “**requisito esencial de la inscripción.**” En la sección específica se consignan la hora y el lugar del nacimiento; el nombre de la madre y del padre, en lo posible con su identidad; su profesión u oficio, nacionalidad, estado civil y el código de sus registros de nacimiento y matrimonio; el nombre del profesional que certificó el nacimiento y el número de su licencia. Además, se imprimirán las huellas plantares del inscrito menor de siete años, y la de los dedos pulgares de la mano del inscrito mayor de dicha edad.

Como se deduce sin esfuerzo de los apartes destacados con la negrilla, el registro del nacimiento atañe exclusivamente a éste como hecho. De ahí que solamente los datos de la sección genérica sean esenciales.

También de esa disposición en armonía con el artículo 115 ibidem, se deduce que el acta que da cuenta del registro del nacimiento sólo es prueba de éste.

Ordena el artículo 115:

“Las copias y los certificados de las actas, partidas y folios del registro de nacimientos se reducirán a la expresión del nombre, el sexo y el lugar y la fecha de nacimiento. / Las copias y certificados que consignen el nombre de los progenitores y la calidad de la filiación, solamente podrán expedirse en los casos en que sea necesario demostrar el parentesco y con esa sola

²⁴ “Por el cual se expide el estatuto del registro del Estado Civil de las personas”.

finalidad, previa indicación del propósito y bajo recibo, con identificación del interesado. / La expedición y la detentación injustificada de copias o certificados de folios de registro de nacimiento con expresión de los datos específicos mencionados en el artículo 52, y la divulgación de su contenido sin motivo legítimo, se considerarán atentados contra el derecho a la intimidad y serán sancionadas como contravenciones, en los términos de los artículos 53 a 56 del Decreto-Ley 1118 de 1970²⁵.

Remitiéndonos al tema de la consulta, es claro entonces que la nacionalidad del niño cuyo nacimiento se registra, es ajena al hecho del nacimiento y al efecto jurídico del registro.

Más aún, la norma es expresa en señalar que algunos de los datos sobre los padres, entre los cuales no incluye la nacionalidad de éstos, sólo sirven como prueba del parentesco, mas no de la nacionalidad.

4.2. El pasaporte:

Los artículos 1º y 2º del Decreto 2250 de 1996²⁶, establecen:

Artículo 1º. *“El pasaporte es el documento de viaje que identifica a los **colombianos** en el exterior.”* (Se destaca).

Artículo 2º: *“Todo **colombiano** que viaje fuera del país deberá estar provisto de pasaporte válido, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y demás compromisos internacionales vigentes.”* (Se destaca).

El vocablo “colombiano” denota la nacionalidad colombiana, que de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución Política, comprende tanto a los nacionales por nacimiento como a los nacionales por adopción.

En el contexto de la consulta, los menores nacidos en territorio colombiano, cuando alguno de sus padres está domiciliado en el país, que por lo mismo se reconoce como nacional colombiano, deberá ser provisto del pasaporte para salir del país. Es su derecho en razón de su nacionalidad. A contrario sensu, el niño nacido en el país pero que no tenga derecho a la nacionalidad colombiana, no puede detentar este pasaporte, como tampoco la tarjeta de identidad o la cédula de ciudadanía.

EL CONCEPTO:

Hechas las consideraciones precedentes, la Sala procede a dar respuesta a las preguntas formuladas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el orden propuesto en la consulta:

1) *¿Los extranjeros que se encuentran en territorio nacional violando el régimen migratorio, se deben considerar domiciliados en Colombia?*

No. Según se expuso, los extranjeros tienen el deber de someterse al derecho interno para ingresar y permanecer en el territorio colombiano, de manera que a pesar de habitar en Colombia de manera estable, pero sin visa de residente, no

²⁵ El Decreto 1118 de 1970 fue derogado por el artículo 137 del Decreto 522 de 1971.

²⁶ Decreto 2250 1996 (Diciembre 11) “Por medio del cual se reglamenta la expedición de pasaportes ordinarios, fronterizo, provisionales y se dictan otras disposiciones sobre la materia”.

pueden considerarse domiciliados, pues el domicilio como concepto jurídico supone el ingreso legal al país.

2. ¿Pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento, los hijos de parejas extranjeras nacidos en Colombia que violan el régimen migratorio, esto es, sin haber obtenido ningún tipo de visa y al que otro Estado les reconoce la nacionalidad?

En el entendido de que con la expresión “parejas extranjeras”, el Ministerio de Relaciones Exteriores está refiriéndose al padre y a la madre del niño nacido en Colombia, y a que ambos son extranjeros y están en situación irregular, la Sala responde que el niño no puede considerarse colombiano por nacimiento, pues de ninguno de sus padres puede predicarse la condición constitucional de estar domiciliado en el país.

La pregunta contiene además el supuesto de que otro Estado le reconozca al niño la nacionalidad. Supuesto en el cual, es claro que la situación irregular de sus padres en Colombia no afecta el derecho del niño a tener esa otra nacionalidad.

3) ¿Los extranjeros que se encuentran en territorio colombiano con visa temporal, se encuentran domiciliados en Colombia a pesar de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 4000 del 2004?

No. De acuerdo con la definición de domicilio del Código Civil, que el mismo Decreto 4000 de 2004 recoge y adopta para el régimen migratorio, son titulares de visa temporal los extranjeros que entran al país por diversas razones, todas las cuales coinciden en la ausencia del ánimo de permanecer en el país.

4) ¿Pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento los hijos de una pareja extranjera nacidos en Colombia al que el Estado de origen de los padres les reconoce la nacionalidad por sangre y cuyos padres se encuentran en territorio nacional con una visa temporal?

No. Porque la solicitud y consecuente expedición de visa temporal excluye el ánimo de permanecer en el país y por tanto, no es configurativa del domicilio exigido constitucionalmente como condición para que el hijo sea reconocido como nacional colombiano por nacimiento.

5) ¿La presentación de una declaración extrajuicio ante un notario público o ante el alcalde de la municipalidad donde reside un extranjero con permanencia irregular en Colombia, puede considerarse como prueba de su domicilio?

En ningún caso. La manifestación de la voluntad del extranjero de querer permanecer en Colombia, debe hacerla ante las autoridades migratorias a efecto de que le concedan la visa de residente, por lo que ésta se constituye en la única prueba del domicilio para los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional.

6) Salvo lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño y en el Pacto de San José de Costa Rica, ¿Es obligación expedir pasaporte colombiano a los hijos (nacidos en Colombia) de parejas extranjeras que se encuentran en situación irregular, cuando el Estado de origen de los padres les reconoce la nacionalidad a esos menores?

No, por cuanto el pasaporte es documento de identidad de los **colombianos** en el exterior, y el niño nacido de padres extranjeros en situación irregular no es nacional colombiano, con la salvedad anotada en la respuesta a la segunda pregunta.

7) ¿Por haber tenido un hijo en Colombia, se debe expedir visa a la pareja de extranjeros que se encuentra en situación irregular, es decir, violando el régimen migratorio?

No. El nacimiento de un hijo no transforma *per se* la situación irregular de los extranjeros.

Transcríbese a la señora Ministra de Relaciones Exteriores. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GUSTAVO E. APONTE SANTOS
Presidente de la Sala

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA P.

LUIS FERNANDO ALVAREZ J.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ A.

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala