

Prevalencia de los Derechos de los Niños frente a la potestad migratoria*

Prevalence of Children's Rights over state migration power

Luz Estela Tobón Berrío**
Universidad del Norte (Colombia)

*Avance de investigación del proyecto "Derechos de los niños vs. potestad migratoria en el contexto jurisprudencial colombiano", Grupo de Investigaciones en Derecho y Ciencia Política, línea de investigación Asuntos Civiles y Comerciales de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

**Abogada, especialista y magíster. Docente investigadora División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte. letobon@uninorte.edu.co

Resumen

Este es un avance de investigación derivado del proyecto “Derechos de los niños vs. potestad migratoria en el contexto jurisprudencial colombiano”, financiado por la Universidad del Norte. El texto realiza la presentación de cinco sentencias identificadas en la jurisprudencia de revisión de tutelas de la Corte Constitucional colombiana, que examinan el derecho fundamental de los niños a tener una familia, no ser separados de ella y su carácter prevalente frente a la potestad migratoria del Estado en el marco de la orden de expulsión del territorio colombiano de uno de sus progenitores. Se esboza la construcción de una posible línea jurisprudencial, defensora de la prevalencia de los derechos de los niños a tener una familia, que propugna la limitación a la discrecionalidad de las autoridades de migración; la cual parece desvanecerse cuando la expulsión del extranjero se realiza bajo el contexto de la ejecución de una sanción derivada del poder punitivo estatal.

Palabras clave: Prevalencia de los derechos de los niños, derecho a tener una familia, potestad migratoria estatal, derechos de los extranjeros, acción de tutela.

Abstract

The present article is part of project called “Derechos de los niños vs potestad migratoria en el contexto jurisprudencial colombiano”, funded by Universidad del Norte. The article presents five sentences issued by the Colombian Constitutional Court, whereby the tribunal assesses several children’s fundamental rights: the right to have a family and not to be separated from it, as opposed to the state immigration power regarding the expulsion of parents. Here, the author explores the construction of a jurisprudential line which defends the preeminence of the children’s rights to have a family, tending towards the restriction of the state’s immigration powers. This restriction vanishes, apparently, when the state performs the deportation of an alien parent under the context of executing a sanction derived from its punishing power.

Key words: Preeminence of children’s rights, right to have a family, state immigration power, alien’s rights, writ for the protection of fundamental rights.

Fecha de recepción: 4 de agosto de 2010
Fecha de aceptación: 4 de octubre de 2010

INTRODUCCIÓN

La lectura de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en algunas ocasiones produce más preguntas que respuestas, interrogantes que incluso la misma Corte plantea en sus sentencias de forma abierta, sin llegar, por tanto, a tratar de dilucidar una posible respuesta. Este es el **punto de partida** en el que nace nuestro interés por investigar; la lectura de la sentencia de revisión de tutela T-076 de 2009 nos dejó el interés entorno a un cuestionamiento que la Corporación enarbola:

Así pues, el presente amparo conlleva determinar qué alcances tienen los derechos de los niños frente a la imposición de una pena accesoria de expulsión del país. [...] esta Sala de Revisión infiere que como cuestión preliminar se deben establecer cuáles son los alcances de la acción de tutela para impedir la ejecución de una sentencia de carácter penal, específicamente, para impedir el cumplimiento de la pena accesoria de expulsión del Territorio Nacional. Esta cuestión llevará a que la Sala verifique si existen otros medios judiciales en los cuales las actoras y el señor FFF pueden evitar la ejecución de la pena accesoria. Una vez solucionado dicho punto, esto es, si se concluyere que el amparo tiene tal capacidad, se estudiarían las condiciones o límites bajo las cuales es posible imponer la pena de expulsión del país. (El subrayado no es del texto).

En este párrafo la Corte traza varios problemas jurídicos, de los cuales tres son los más visibles: el primero, alcance de la tutela frente a la ejecución de la pena de carácter accesorio de expulsión del país; segundo, cuáles son las condiciones y límites a la expulsión del territorio como pena accesoria, y tercero, el que se convierte en **nuestro objeto de estudio**, los alcances de los derechos de los niños frente a la ejecución de la pena accesoria de expulsión del país.

En esta sentencia, de todos los problemas mencionados, la Corte se limita a desarrollar el asunto previo de la procedibilidad de la tutela ante la existencia de otros medios de defensa judicial y la inexistencia de un perjuicio irremediable; para ello se aboca a reiterar jurisprudencias anteriores. Sin embargo, los cuestionamientos de fondo plantea-

dos por la Corporación misma quedan sin el mínimo estudio. Este fallo hace extrañar las sentencias que el profesor López Medina (2002, p. 76) llama fundadoras, “en las que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio.”

La Corte no se arriesga a examinar un tema tan sensible para el orden público como el que representa la potestad migratoria estatal, cuestión que normalmente desde la doctrina jurídica ha sido tratada en los manuales de derecho internacional, ya sea mediante el estudio tradicional de las soberanías o en el internacional privado por medio del estudio de la condición jurídica de los extranjeros. En este último, por ejemplo, su tratamiento se encuentra limitado a la exposición de la normatividad referente a los derechos y deberes de los extranjeros, condiciones para naturalizarse colombiano, siempre desde una óptica vertical del poder estatal sobre el particular, en un contexto de discrecionalidad del Estado; no se hallan discusiones o debates en torno a la posible limitación de la potestad migratoria estatal. Una explicación viable puede ser: nuestro país no se caracteriza por ser receptor de migración internacional; diferente sería estudiar este tema en países como Estados Unidos, Francia, España, etc.

La misma jurisprudencia de la Corte Constitucional se refiere a la potestad migratoria en términos de tradición “[...] principio tradicional de la discrecionalidad gubernamental para efectos de definir el ingreso de los extranjeros y su permanencia” (T-215 de 1996).

Otro aspecto que se devela en juego, dentro de los interrogantes abiertos por la Corte en la Sentencia T-076 de 2009, es lo referente a la prevalencia de los derechos de los niños frente al Estado. Ya el artículo 44, inciso segundo de la Constitución Política, establece 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. [...] Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (El subrayado no es del texto).

Debemos preguntarnos, cuando la Constitución expresa “los demás”, ¿debe incluirse al Estado y sus intereses? ¿Ante quiénes y en qué condiciones los derechos de los niños son realmente prevalentes? Es conocido que la reivindicación de los derechos fundamentales nace como reconocimiento de la dignidad humana; reconocimiento que sirve como protección ante cualquier abuso, más aun frente a los posibles desmanes del aparato estatal, como lo sostiene el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Para el caso de los niños, sus derechos fundamentales se encuentran reforzados por la prevalencia; refuerzo que se justifica en dos vías: la primera, el reconocimiento de que los niños son importantes para la construcción social pacífica y la esperanza de un mejor futuro; la segunda, la verificación de su estado de indefensión no sólo frente a los adultos sino también frente al Estado; esta indefensión los ata en muchos casos a la imposibilidad de reclamar en forma directa la garantía de sus derechos fundamentales.

METODOLOGÍA

Así, de la mano de la Sentencia T-076 de 2009 nace la pregunta central del problema jurídico de nuestra investigación: ¿El carácter prevalente de los derechos de los niños conserva su fuerza frente a la potestad migratoria estatal?

Trataremos de encontrar respuesta desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional; para ello nos guiaremos metodológicamente por la propuesta de análisis dinámico de precedente del profesor López Medina expuesta en su obra *El Derecho de los jueces*.

Como categorías de análisis preliminares para la búsqueda de sentencias identificamos cuatro: carácter prevalente de los derechos de los

niños, es el concepto central de nuestro estudio, enmarcado en el contexto fáctico de la relación de derechos de los niños vs. intereses estatales en la potestad migratoria. Como segunda categoría se encuentra el concepto de interés superior del niño; es indudable su relación con el carácter prevalente de los derechos de los niños, ya que el interés superior se convierte en la brújula¹ que guía toda acción de los particulares o los entes estatales hacia la realización efectiva de los derechos de los niños. Tercera categoría, potestad migratoria estatal; cuarta categoría, derechos fundamentales de los extranjeros.

Para la búsqueda de las sentencias se cuenta con la ayuda de los buscadores de la página web de la Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gov.co, la base de datos Lexbase y su herramienta de árbol de sentencias del derecho de los jueces. La clasificación de las sentencias se realizará de acuerdo con una ficha de captura de información que presenta los siguientes ítems:

corporación:	libros citados:
radicado de la sentencia, fecha de la sentencia:	problema jurídico:
magistrado ponente:	parte resolutive: (copiar textual)
palabras clave:	resumen de las pretensiones y excepciones: (máximo 12 renglones)
demandantes: demandados:	posturas jurídicas relevantes en la parte motiva: (escribir textual hasta 5 párrafos de máximo 8 renglones)
resumen de los hechos: (máximo 12 renglones)	decisiones o argumentos relevantes de otras instancias: (máximo 12 renglones)
normas citadas:	salvamento de voto: (magistrado, argumentos relevantes)
sentencias citadas:	observaciones:

Finalizada la identificación de sentencias y su clasificación, pasaremos a construir el corpus que expondremos al análisis, para tratar de ob-

¹ En palabras del doctrinante español Francisco Rivero Hernández (2007). En su obra *El Interés del menor* lo designa como "standar" jurídico o principio general del derecho.

tener finalmente la línea jurisprudencial encargada de confrontar la hipótesis.

HIPÓTESIS

Hasta este estadio de la investigación la hipótesis construida como punto de partida se dirige a afirmar: la Corte respalda la prevalencia de los derechos de los niños ante cualquier ente, sea particular o estatal, en posición de conflicto con los derechos fundamentales de los infantes, incluso, abriendo espacio a debatir las potestades estatales tradicionales; no obstante, su discurso proteccionista se encuentra limitado ante el poder punitivo estatal, al favorecer en el balance derecho penal - prevalencia de los derechos de los niños la aplicación de sanciones penales por encima del derecho de éstos a tener una familia.

Hasta el momento de este escrito nos encontramos en la primera etapa, tratando de identificar los fallos de interés. Hemos encontrado cinco sentencias que cubren los años 1996, 2002, 2003 y 2009. Presentaremos a continuación algunos puntos de discusión que hemos desarrollado durante la clasificación de los fallos.

1. TENSIÓN POTESTAD MIGRATORIA ESTATAL VS. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Los derechos de los niños no son una cuestión pacífica dentro de la teoría de los derechos; algunos autores, como Wellman (2004, p.40), afirman que “[...] no tiene sentido atribuir libertades o poderes a seres incapaces de acción. Dado que las libertades y poderes son ingredientes esenciales de los derechos, tampoco tiene sentido atribuir derechos a seres incapaces de acción”.

Más aun, caracterizarlos como fundamentales ha sido un debate sostenido: “[...] no es verdad que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El infante no tiene derechos humanos o morales en absoluto porque, faltándole la capacidad para cualquier tipo de acción voluntaria...” (Wellman, 2004, p. 57).

Por ello no es de extrañar que el reconocimiento de los infantes como detentores de derechos fundamentales en un documento de carácter jurídico haya cumplido hasta ahora 20 años: Convención de Derechos del Niño de 1989; con todas las inconveniencias que implica que dicho texto consista en un tratado internacional abierto, sujeto a la ratificación por parte de los estados y, sobre todo, expuesto a la buena voluntad estatal de convertir ese pedazo de papel, algún día, en normatividad interna justiciable por el aparato judicial.

Es así como en Colombia ya el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, en su capítulo segundo reconocía los derechos de los niños antes de la ratificación de la Convención del 89; en 1991 se ratifica la Convención de Derechos del Niño con la Ley 12 y la Constitución Nacional los consagra bajo una enumeración no taxativa en el artículo 44. Este breve recuento para sentar que a pesar de los debates foráneos respecto a la idoneidad de los niños para ser detentores de derechos, nuestro país se ha mostrado comprometido en su reconocimiento. Más aun, desde la propia Constitución Nacional se establece un plus a estos derechos: se encuentran consagrados bajo el carácter de prevalentes; este carácter implica: “Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquél deberá prevalecer sobre éste” (C-273 de 2003).

Gracias a este reconocimiento maximizado de los derechos de los infantes, nuestro país se encuentra en concordancia con lo consagrado por varios cuerpos legales a nivel internacional: “Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial” (preámbulo, Convención de Derechos del Niño de 1989), reafirmado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General en 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Sin embargo, esa protección especial llamada "prevalencia" ha sido generalmente reconocida frente al conflicto de intereses nacido del choque de derechos entre particulares, y en ello la jurisprudencia es clara; año tras año la Corte Constitucional reitera su compromiso de defensa de los derechos de los infantes en ese sentido. Pero en la realidad los derechos de los infantes no son siempre violentados por un particular, el Estado es en muchos casos fuente del desconocimiento y desprotección de éstos; he aquí donde es interesante arriesgar una pregunta que mida el compromiso estatal para con los derechos de los infantes: ¿Podríamos argumentar la prevalencia de los derechos de los infantes frente a los intereses estatales? Más aun, ¿frente a una potestad discrecional como lo es la potestad migratoria?

Si pensamos en otros países de larga tradición inmigratoria y vemos cómo sus aparatos jurídicos evolucionan hacia una "cesión" de su soberanía migratoria en función de los derechos humanos; ejemplo de ello son los esfuerzos de la Corte Europea de Derechos Humanos por defender el derecho a la vida privada y familiar incluso para los extranjeros (La Spina, s.f.); no es del todo descabellado pensar en la prevalencia que la misma Constitución Nacional reconoce a los derechos de los niños e imaginar su acción frente a la potestad migratoria colombiana.

II EL PROBLEMA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional ya ha tratado el tema de la prevalencia de los derechos de los niños frente a la potestad migratoria estatal en algunas sentencias; hasta el momento hemos encontrado cinco fallos con referencia expresa a la tensión entre los derechos de los niños y la potestad migratoria, sin embargo, como pasaremos a ver, no en todas las sentencias la Corte sienta doctrina directamente al respecto.

CASO 1: **ciudadano palestino**

La sentencia más reciente que hemos logrado identificar es la T-076 de 2009; brevemente, los hechos consisten en: un ciudadano palestino residente en forma ilegal en Colombia, con hijos colombianos menores de edad, de origen matrimonial y extramatrimonial, de mujeres ciudadanas colombianas. Ha sido condenado a pena accesoria de expulsión del territorio nacional. Su cónyuge y la madre de sus hijos extramatrimoniales tutelan en representación de sus hijos menores de edad, solicitando el amparo a sus derechos fundamentales, en especial, a tener una familia y no ser separados de ella.

En esta sentencia, cuando la Corte determina el problema jurídico a estudiar proyecta que será analizado el balance entre derechos de los niños y potestad migratoria estatal, sin embargo, nunca lo hace, ni siquiera se avecina a tratar de sentar su posición. La magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández se limita a estudiar la cuestión previa, es decir, la procedibilidad de la tutela cuando existen otros medios de defensa y no existe perjuicio irremediable. La sentencia tiene un tono repetitivo frente a los argumentos de la primera y segunda instancia, quienes habían denegado el amparo por la razón de no encontrar justificada la sentencia como mecanismo transitorio, existiendo otros medios de defensa judicial y no habiendo, a su juicio, perjuicio irremediable, ya que todo asunto relacionado con la pena accesoria debía dirigirse al juez de ejecución de penas y no al juez constitucional. La Corte se extiende en reiterar su jurisprudencia. Respecto a este asunto de la procedibilidad, anotamos que en la citación de sus sentencias anteriores la Corte en algunas ocasiones no tiene presente identificar a qué sentencia se refiere, simplemente menciona, por ejemplo, “la Jurisprudencia de la Corte ha establecido” y pasa a transcribir.

Es sorprendente constatar cómo la Corte sabiendo que se encuentra ante una solicitud de amparo de derechos de infantes a tener una familia y no ser separados de ella entra a examinar desde la óptica del padre la calidad de la relación paterno - filial:

Este hecho, de entrada, permite que la Sala comprenda que la relación de FFF con sus hijos dista mucho de la descrita en el texto de la acción, en la que a éste se le califica como un padre preocupado por el bienestar de los niños. Inclusive, no se puede pasar por alto que de acuerdo a lo puntualizado por el DAS, el señor FFF fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria por parte del Juzgado 30 Penal Municipal. Por lo tanto, la existencia misma del daño y su gravedad se encuentran refutadas por la evidente desidia del padre [...].

De acuerdo con el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño de 1989, los menores de edad deben ser escuchados en todo aquello que los afecte, más aun cuando se trata de un procedimiento judicial, cosa que ninguna de las instancias, ni la misma Corte, realizó en este caso.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Tal parece que la Corte y demás instancias olvidan que el ser niño o niña no excluye el derecho a participar; el infante se encuentra en una etapa diferente de la del adulto en su proceso de desarrollo humano, pero como tal merece ser incluido en las decisiones que afectan su vida. En palabras de Salinas Beristáin (2002, p. 29), “Ser niño y ser adolescente no es ser ‘menos adulto...,’ la infancia y la adolescencia son formas del ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida”.

CASO 2: **ciudadano peruano**

Siguiendo un orden cronológico, la siguiente sentencia identificada es la T-116 de 2003, en la que también actúa como magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández; allí el supuesto fáctico es muy similar a la sentencia ya enunciada. Un ciudadano peruano casado con mujer colombiana, con tres hijos nacidos en Colombia,

condenado con pena accesoria consistente en la expulsión del territorio. El condenado mismo desde su penitenciaría solicita el amparo constitucional de los derechos de sus hijos invocando el derecho a tener una familia y la prevalencia de los derechos de los infantes. Sin embargo, en primera instancia el juez niega la tutela, interpretando que ésta se encuentra dirigida contra la sentencia que ordena la pena accesoria, pasando a desestimar que dicha sentencia pueda ser una vía de hecho rehúsa el amparo.

Por el contrario, la Corte Constitucional maneja otra hipótesis: “[...] observa la Sala que el ataque que despliega no lo es en contra de la sentencia que impuso la pena accesoria en su contra, sino en lo que respecta a la ejecución de la misma y contra el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...]”. Por tanto, la Corte se dirige a “[...] determinar si la acción de tutela es procedente para ordenar la suspensión o cesación de la pena accesoria de expulsión del Territorio Nacional, frente a la cual no se interpuso ningún recurso, ni se solicitó ante la autoridad competente su cesación o suspensión.”

Es decir, la Corte proyecta el problema jurídico a tratar en forma menos ambiciosa que la sentencia anterior, ya no desde el balance prevalencia derechos de los niños vs. potestad migratoria estatal, sino desde la óptica del examen de la fuerza de la tutela contra la ejecución de una pena accesoria; así, los niños y sus derechos salen del objeto de estudio y la Corte se dedica, como en la Sentencia T-076 de 2009, al asunto de la procedibilidad de la tutela cuando existen otros medios de defensa y no existe perjuicio irremediable; este último no se configura, pues el condenado que se encuentra purgando la pena principal tiene un tiempo suficiente para presentar ante el juez de ejecución de penas la solicitud de cesación de su pena accesoria. A pesar de que los elementos fácticos eran semejantes y finalmente la argumentación para la decisión de la Corte corre en el mismo sentido, la magistrada ponente no proyecta el problema de balance de derechos niños-Estado.

CASO 3: ciudadano nicaragüense

En 2002 encontramos dos sentencias, de febrero y agosto. Veamos primero la sentencia T-680, que presenta elementos fácticos similares a los ya repasados. Se trata de un ciudadano nicaragüense casado con una mujer colombiana, con hijos comunes nacidos en Colombia; al igual que en los casos anteriores se invocan los derechos de los infantes y la prevalencia de éstos contra la sentencia que le condena a pena accesoria de expulsión del territorio colombiano.

El juez de primera instancia, para el caso Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, concede la tutela. A pesar de ser una tutela contra una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, la cual en principio sería improcedente, por tratarse de derechos de los niños y su carácter prevalente a juicio del Tribunal se impone examinarla.

[...] por tratarse de los derechos fundamentales de los niños, que según el artículo 44 superior prevalecen sobre los demás, se impone conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así, el juez ordena la suspensión de la aplicación de la pena accesoria, para que el ciudadano nicaragüense realice su solicitud de rebaja o revocatoria de la pena de expulsión del territorio ante el juez competente. El juzgador encontró que los derechos de los niños justificaban la protección constitucional, aun cuando el perjuicio irremediable no se había configurado y a pesar de existir otros medios judiciales de defensa.

El DAS impugnó el fallo aduciendo que “[...] los extranjeros no pueden pretender que los vínculos familiares les abran las puertas para desconocer la Constitución y la ley.” En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, revocó el fallo argumentando que la sentencia que impuso la pena accesoria de expulsión del país no constituía una vía de hecho y “[...] no puede atribuírsele a los efectos inherentes a la condena penal por su ilícita conducta ninguna posibi-

lidad de menguar derechos fundamentales de la familia que durante su ilegal permanencia en nuestro país ha conformado." (El subrayado no es del texto).

Es necesario resaltar que la Corte Suprema de Justicia hace hincapié en el origen de la familia; se trata de una familia constituida durante la permanencia ilegal del ciudadano nicaragüense. Pregunta: ¿Entre líneas podríamos advertir una formación de tipologías familiares que puedan conducir a una discriminación? Olvida la Corte Suprema de Justicia nuestro artículo 13 constitucional, el cual proclama la igualdad de todos, imponiendo a las autoridades el respeto de los mismos derechos de todas las personas "sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar." (El subrayado no es del texto).

La Corte Suprema de Justicia, por no tratarse de un caso dentro de los considerados en el Código de Procedimiento Penal como aquellos en los que es posible solicitar la rebaja o revocatoria de pena, "considera inexplicable que sobre la base de un perjuicio irremediable, se aduzca como instrumento viable para el amparo de derechos [...]". Pero ¿acaso la Corte Constitucional no se ha pronunciado en muchas ocasiones para precisar que la tutela puede incoarse como recurso transitorio en caso de existir un perjuicio irremediable² o cuando no existe otro medio de defensa, para el caso defensa contra la orden de expulsión del territorio? ¿Encuentra la Corte Suprema que debe acatarse el Código de Procedimiento Penal antes que proteger los derechos de los infantes a tener una familia y no ser separados de ella, derechos que poseen carácter fundamental sostenido por la Convención de Derechos del Niño de 1989 de la cual hace parte Colombia y respaldado por la Constitución Nacional?

² Es tal la fuerza de la tutela como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables, que opera incluso en casos como reclamaciones de derechos sociales o prestacionales; ejemplo, una sentencia reciente, T-159 de 2010, del M.P. Humberto A. Sierra Porto, en la que la Corte Constitucional reitera el alcance y características del perjuicio irremediable y la tutela como instrumento para evitarlo; en el caso la Corte Constitucional revoca el fallo que denegó el amparo en primera instancia para protegerle a una joven su derecho a la educación y al mínimo vital.

Ante la decisión de primera instancia el Juzgado Penal que había emitido la sentencia condenatoria al ciudadano nicaragüense revocó la pena accesoria de expulsión del país argumentando la afectación de derechos fundamentales, y sin que significara desconocimiento de la decisión de segunda instancia, pues

Sin que ello signifique de manera alguna desconocimiento de la decisión porque para ello la Carta Magna ha dispuesto en el artículo 4° que “La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, precisándose que aun cuando existe una decisión que puso fin a una situación de naturaleza delictiva, es factible exonerarla del cumplimiento taxativo o discrecional en virtud del mandato.

La Corte Constitucional se encontró ante “[...] una carencia actual de objeto que en principio hace innecesario un pronunciamiento de fondo [...]”. No se abstiene, por tanto, de realizar algunas precisiones y reiteraciones, entre ellas: “La Corte Constitucional en Sentencia del 5 de julio admitió la procedencia de la acción de tutela contra aquella providencia judicial que ordenó la expulsión del territorio nacional de un extranjero que demostró ser padre de familia.” La Corte reconoce dentro de sus fallos anteriores un balance a favor de los derechos de los niños contra la potestad migratoria estatal. Más adelante ella misma puntualiza que los hijos no pueden ser justificación para evadir decisiones judiciales y les recuerda a los extranjeros 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.

Podemos ver que la Corte modula su balance a favor de los derechos de los niños, pues tratándose de una expulsión que tiene como raíz una

pena accesoria da paso a evaluar si la expulsión es conveniente o no a la luz del orden público. De ahí ¿podríamos afirmar que en el balance entre los intereses estatales vs. los derechos de los niños éstos pesan menos que la potestad punitiva estatal?

CASO 4: ciudadano libano-venezolano

Los siguientes dos casos no tienen en su supuesto de hecho la expulsión del territorio como pena accesoria. Veamos la Sentencia T-138, también de 2002. Un ciudadano natural del Líbano, nacionalizado venezolano, con visa temporal de trabajo, casado con una ciudadana brasilera, con cinco hijos comunes menores de edad nacidos en Venezuela. El ciudadano libano-venezolano se dedicaba a actividades comerciales y era el vicepresidente de la Corporación de Desarrollo Comercial, Industrial y Cívico de Maicao.

De acuerdo con un informe del DAS en el que se concluye que el ciudadano en cuestión había participado en un cese de actividades, que se produjo en los departamentos de la Costa Caribe promovido por los sindicatos de la región, había de este modo incurrido en causal de expulsión del país según la normatividad vigente, al intervenir en actos que atentan contra la existencia y seguridad del Estado o que perturban el orden público. Apoyándose en este informe, el Ministerio de Relaciones Exteriores canceló la visa temporal al ciudadano libano-venezolano y, por ende, a sus beneficiarios, esposa e hijos menores de edad.

El ciudadano agotó la vía gubernativa, pero ante el no éxito entabló acción de tutela contra el director del DAS, solicitando la revocatoria de las resoluciones que lo expulsaban del país, aduciendo una violación al debido proceso, ya que el informe sobre el que se basaron tanto el DAS como el Ministerio de Relaciones Exteriores había sido realizado sin concederle la oportunidad para ejercer el derecho a la defensa, y sólo se había realizado un “simulacro” de oírlo en “versión libre”. En primera instancia se le concedió el amparo al debido proceso en conexidad con los derechos al trabajo y educación de los niños, como

mecanismo transitorio mientras se lleva a cabo la acción administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho. El juzgador, invocando sentencia anterior de la Corte Constitucional, precisó: “(...) la facultad discrecional del Ministerio de Relaciones Exteriores no era absoluta, pues según lo ha señalado la Corte Constitucional, de ser así eliminaría la constitucionalidad, la legalidad y el orden justo de los actos y acabaría con la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios” (Sentencia C-031 de 1995).

Igualmente, estableció que era dable al juez de tutela controlar los actos administrativos que se habían expedido, pues se trataban de vías de hecho porque adolecían de vicios procedimentales y la actuación era “[...] arbitraria y caprichosa, alejada de las normas constitucionales y legales, [...]”

La decisión fue impugnada por el DAS y el Ministerio de Relaciones Exteriores; este último argumentó el principio de soberanía del Estado en materia migratoria. En segunda instancia se revocó el amparo.

La Corte entra a revisar la tutela y en la configuración del problema jurídico proyecta un trabajo doctrinal ambicioso: analizar los derechos fundamentales y civiles de los extranjeros, el debido proceso administrativo, las facultades del DAS para expulsar un ciudadano extranjero y del Ministerio de Relaciones Exteriores para la cancelación de una visa. Aunque no menciona los derechos de los niños en esta configuración del problema jurídico, se esperaba que sentara doctrina acerca de la potestad migratoria estatal. Por el contrario, al igual que ya había sucedido en la Sentencia vista T-076 de 2009, de la misma magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, la sentencia se dirigió a establecer si era procedente o no la tutela como mecanismo transitorio y si existía o no perjuicio irremediable; perdiendo una vez más la Corte la oportunidad para ofrecer luces en cuanto a los límites de la potestad migratoria estatal y determinara si en dichos límites se encuentran los derechos de los niños con su carácter prevalente.

CASO 5: ciudadano alemán

La quinta sentencia identificada es la T-215 de 1996, en la que un ciudadano alemán casado con una mujer colombiana, con hijos comunes menores de edad nacidos en Colombia, fue deportado, no obstante haber entrado al país en forma legal permaneció más tiempo del autorizado en el territorio. Su esposa interpone acción de tutela en representación de sus hijos menores de edad para la protección de su derecho a tener una familia y no ser separados de ella, enfatizando en el carácter prevalente de los derechos de los niños. La primera instancia niega la protección constitucional basándose en que el ciudadano alemán no realizó las acciones judiciales y administrativas pertinentes cuando tuvo la oportunidad procesal para oponerse a la decisión administrativa, y no consideró que existiera un perjuicio irremediable que debiera ser evitado. Aunque el padre ya se encontraba deportado, la decisión administrativa sólo le impedía regresar durante el lapso de 12 meses, tiempo al parecer muy corto para el juzgador, quien apoyándose en una consideración subjetiva lejana a cualquier análisis académico, científico, con algún sustento en las ciencias hermanas como la psicología o en estudios de puericultura, imaginó que un año en la vida de un infante no es nada.

La Sala de Revisión de Tutelas, presidida por el magistrado Fabio Morón Díaz, se dirige a examinar si el acto de deportación de un extranjero, que además le impide el regreso durante un año, puede ir en contra vía de los derechos fundamentales de sus hijos, determinar si la tutela es procedente contra actos administrativos de deportación, y si el no ejercicio de la vía gubernativa por el extranjero hace improcedente la acción de tutela para la garantía de derechos fundamentales de los menores de edad o del cónyuge.

Nótese que en esta configuración del problema jurídico a estudiar el magistrado ponente integra un nuevo elemento, pues hasta el momento sólo se había estado considerando la protección de los derechos de los niños en contra de los actos de expulsión del territorio, pero en este caso se integra la protección de los derechos del cónyuge, porque

¿acaso los adultos no tenemos también un derecho fundamental a la familia?

La Corte decide conceder el amparo constitucional a los derechos de los niños y proporcionar al ciudadano alemán un lapso de 30 días para que sin sanciones resuelva su estancia legal en Colombia. La Corte argumenta que la protección a la infancia es un deber prioritario del Estado, y citando la Sentencia T-029 de 1994 dice: “Luego no pueden alegarse otras obligaciones que dilaten la eficacia del Estado y de la sociedad hacia la protección de los menores, porque el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica”.

Por tanto, las facultades discrecionales de las autoridades no pueden tener por objeto los derechos de los niños, aunque se trate de un padre extranjero en situación irregular, pues afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los niños que legítimamente se encuentran residenciados en el país la deportación de su padre o madre; luego la distancia física es una barrera innecesaria e inhumana que produce un daño irreparable; es deber de la autoridad examinar “[...] el tipo de vínculos civiles y familiares del extranjero para deportarlo e impedirle su reingreso al país [...]”, sin embargo, la Corte modula su posición y dice: “[...] salvo que exista fundamento legal concreto como es el ejercicio de los poderes punitivos o correccionales.”

De otro lado, la Corte no considera de recibo el argumento del juez de la primera instancia de no considerar procedente la tutela por haberse perdido la oportunidad procesal para incoar la vía gubernativa, pues en el caso que se examina se encontraba en juego la protección de los derechos de los niños y no del deportado.

No obstante lo anterior, la Corte puntualiza que no puede valerse de la protección al derecho a la familia para impedir una extradición en caso de que una autoridad foránea solicite un extranjero para su juzgamiento en el exterior.

CONCLUSIONES

- Con base en las cinco sentencias presentadas podemos observar que la Corte Constitucional se ha mostrado muy tímida para establecer una teoría del balance derechos de los niños vs. potestad migratoria estatal, tema que en otros países se encuentra en el día a día; donde precisamente son nuestros compatriotas quienes se baten porque su derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella sea protegido. La Corte Constitucional debería asumir su papel de garante real de derechos por encima de las discriminaciones de origen, advertir la realidad que la construcción de un mundo cada vez más globalizado le pone en frente. Colombia, como un país de oportunidades, se abre al mundo y recibe migrantes. Esta timidez de la Corte Constitucional es favorecida por la técnica, un poco acomodada, del examen de cuestiones preliminares, que la más de las veces se queda allí, tal como lo muestran las sentencias T-076 de 2009, T-116 de 2003 y T-138 de 2002, lideradas todas ellas por la magistrada Clara Inés Vargas Hernández.
- Asimismo, la técnica de la reiteración de precedentes empleada por la Corte en las sentencias examinadas no presta colaboración para aquellos que vemos en su jurisprudencia un objeto de estudio o para los abogados litigantes que bien podrían auxiliarse de sus fallos; debido a que muchos argumentos son apoyados en extractos de anteriores sentencias que los magistrados no identifican debidamente.
- Desde las sentencias tratadas se vislumbra una constante: la Corte defiende el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella e inculca la prevalencia de este derecho fundamental ante la prerrogativa migratoria estatal, mas cuando se trata del poder punitivo del Estado, la Corte cede en el balance y favorece al Estado, sin entrar a examinar la pertinencia, proporcionalidad, de la expulsión del territorio como pena respecto al delito cometido. Empero, en la Sentencia T-215

de 1996 la Corte llega a afirmar que no ser separado del padre o la madre, aun cuando se trate de residentes ilegales, se encuentra en el núcleo esencial del derecho de los niños a tener una familia, pero si se trata de un núcleo esencial, ¿cómo podría verse modulado por la potestad punitiva estatal, más cuando se trata de una pena accesoria? ¿Acaso no existen otras formas de resocialización, o ¿cuál es el fin último de la pena? ¿deshacerse de aquellos que no logran acogerse al sistema, aun pasando por encima de los derechos de los niños, que se transforman en retórica cuando no se ajustan a los intereses estatales, negando, con ello, su calidad de fundamentales, inalienables e intrínsecos?

- Es de resaltar que aunque todas las acciones de tutela revisadas por la Corte fueron interpuestas en nombre de infantes, los juzgados y tribunales que sirvieron de instancias constitucionales no siempre tienen presente que se trata de la protección de menores de edad amparados por la Convención de Derechos del Niño, que ordena escuchar a los niños y adolescentes en los procesos que los vinculan directa o indirectamente; al parecer no es una costumbre judicial respetar el derecho de participación de los infantes y adolescentes. No siendo suficiente, argumentan sus fallos exhibiendo exigencias procesales que no pueden serles oponibles en ningún caso a los infantes; en algunas de las sentencias identificadas, los jueces o magistrados de instancia, incluso la Corte Suprema de Justicia, niegan la procedibilidad de la tutela por no haberse agotado en la oportunidad procesal respectiva la vía gubernativa, estableciendo la negación del amparo como una forma de llamar a la disciplina y responsabilidad procesal, ejemplo, Sentencia T-680/02, caso del ciudadano nicaragüense.
- Por otra parte, sabemos, nos encontramos estudiando la prevalencia de los derechos de los niños, pero un cuestionamiento no está por demás: ¿Podría invocarse el derecho fundamental que tiene toda persona a tener una familia ante la potestad mi-

gratoria estatal en Colombia? Es decir, ¿cuál hubiese sido, por ejemplo, la respuesta de la Corte si en el caso del ciudadano alemán no se hubiese invocado la protección de los derechos de sus hijos a tener una familia sino de su cónyuge? ¿Estaremos cerca de los debates que en otros países como en los europeos han llevado a la figura de la reagrupación familiar?

Teniendo presente que se trata del avance de una investigación que recién comienza, son muchos los interrogantes que se abren paso sobre posibles conclusiones.

REFERENCIAS

- López Medina, D. E. (2002). *El Derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- La Spina, E. (s.f.). La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Recuperado el 19 de junio de 2010, de <http://www.uv.es/CEFD/14/laespina.pdf>
- Rivero Hernández, F. (2007). *El Interés del menor*. Madrid: Dykinson.
- Salinas Beristáin, L. (2002). *Derecho, género e infancia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unicef.
- Wellman, C. (2004). El crecimiento de los derechos de los niños. En I. Fanlo (comp.), *Derecho de los niños, una contribución teórica* (pp. 39-59). México: Distribuciones Fontamara.
- Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-159 de 2010. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-076 de 2009. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C- 273 de 2003. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-116 de 2003. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-138 de 2002. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-680 de 2002. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-215 de 1996. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por la Ley 12 de 1991.