



Señores
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José
Costa Rica

Asunto: Opinión Escrita

Referencia: Solicitud de Opinión Consultiva, presentada por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay

De conformidad con la convocatoria efectuada por la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte" o "la Corte Interamericana" o "la Corte IDH"), respecto a la posibilidad de presentar opiniones escritas frente a la Consulta efectuada por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay¹, el **Grupo Jurídico de Antioquia (en adelante "GJA")**, a través de los suscritos abogados, **José Luis Viveros Abisambra, Luis Felipe Viveros Montoya, Juan David Viveros Montoya y Juan Esteban Montoya Hincapié**, presenta ante el honorable Tribunal, concepto escrito relacionado con el objeto de la consulta, la cual versa sobre la determinación de las obligaciones de los Estados con relación a las medidas posibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres.

Como es de su conocimiento, la consulta tiene nueve (9) puntos que requieren desarrollo, pues así consta en el libelo de consulta. No obstante lo anterior, el Grupo Jurídico de Antioquia presenta concepto referente a la opinión y desarrollo sobre el punto número 9, es decir, el que solicita opinión en cuanto a *el derecho a la protección familiar de las niñas y los niños en casos de disponerse la expulsión de sus padres por motivos migratorios*.

Lo anterior tiene su razón de ser en el hecho que el GJA quiere contribuir con el desarrollo y protección de los derechos de los niños de la región; así mismo, se muestra con preocupación ante la situación que viven millones de familias con estatus migratorio irregular, por lo que el presente concepto podría ser un un gramo de cemento en el intento de construir una mejor sociedad; así mismo, el GJA entiende el papel de la Corte Interamericana en la región y admira su labor.

¹ Texto de la Convocatoria y la Consulta disponible en <http://www.corteidh.or.cr/soloc.cfm> [última visita 8 de febrero de 2011]



ÍNDICE

TEMA	PÁG
1. Introducción	3
1.1. Protección Internacional del derecho a la protección familiar	4
1.1.1. En el Sistema Universal de Derechos Humanos	4
1.1.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	5
1.2. Protección internacional del derecho de los niños	6
1.2.1. En el Sistema Universal de Derechos Humanos	6
1.2.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	7
2. El interés superior del niño	8
2.1. Desarrollo doctrinal	8
2.2. Desarrollo Jurisprudencial	11
3. Medidas que los Estados deben tomar en favor de los niños en situación migratoria irregular	14
3.1. Medidas que deben tomar los Estados de destino	16
3.2. Medidas que deben tomar los Estados de origen	21
4. Conclusiones	22



1. Introducción

Antes de iniciar con el análisis a la cuestión propuesta para resolver, es necesario acudir a al desarrollo de algunas nociones preliminares que orientarán la comprensión de este concepto; además ilustrarán la actualidad de la migración irregular, los derechos de los niños y la protección familiar, derechos que son susceptibles de conculcación en los procesos migratorios.

Para la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante "OIM"), la migración irregular es aquella *que ocurre fuera de las reglas y procedimientos que guían el movimiento internacional ordenado de personas*². La situación de migración irregular se presenta generalmente como consecuencia directa de la falta de oportunidades económicas y laborales en el país de origen; aunque el fenómeno puede tener otras matices alternativas como las situaciones políticas y de seguridad. Advierte la OIM que:

*Muchos mercados de trabajo en los países destino, claramente permiten la absorción de grandes números de migrantes en situación irregular, lo que actúa como un factor de atracción, a pesar de las medidas gubernamentales de gestión de la migración. La disponibilidad de trabajos con mejores salarios y de empleadores que estén dispuestos a contratar trabajadores irregulares, son factores de atracción significativos*³.

Pese a los esfuerzos que han hecho los países de destino en procura de reducir el número de migrantes irregulares, la situación sigue igual, para a OIM *esto se debe a que los factores de empuje en los países de origen, incluyendo la pobreza, el desempleo y la crisis, y los factores de atracción en los países de destino, que incluyen salarios más elevados, oportunidades de trabajo y seguridad, no han cambiado*⁴.

Si bien es cierto que la migración puede significar una oportunidad de mejorar la calidad de vida, este fenómeno también puede desencadenar el efecto contrario, pues las migraciones pueden traer como consecuencia *la vulneración de los derechos humano [...], en especial cuando los afectados son niños, niñas y adolescentes*⁵. Y es que los niños por sus propias condiciones, se hacen más propensos al abuso.

² OIM, disponible en <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/1>, [última visita el 9 de febrero de 2012]

³ ibídem,

⁴ ibídem

⁵ LIWSKI, Norberto. "Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos" Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Organismo Especializado de la OEA, Foro Especial sobre Asuntos Migratorios 17 de abril de 2008, Washington, D.C. p.1. Disponible en



En este orden de ideas, pasaremos a enunciar un poco la protección internacional que ostentan los derechos de los niños y la protección familiar, de suerte que se pueda concluir a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante "DIDH"), los estándares mínimos que los Estados deben tener en cuenta en la adopción y aplicación de sus políticas migratorias.

1.1. Protección internacional del derecho a la protección familiar

1.1.1. En el Sistema Universal de Derechos Humanos

El derecho a la protección familiar fue reconocido en el ámbito del Sistema Universal en lo preceptuado en la Declaración de los Derechos humanos de 1948⁶, este instrumento de la Naciones Unidas cuenta con importantes provisiones en cuanto a la protección familiar; es así, como los artículos, 12, 16 y 25 de tal instrumento irradian matices protectoras de la institución familiar, de suerte que estos tres artículos instituyen alguna protección a la familia, en tanto que el artículo 16 reconoce a la familia como elemento esencial de la sociedad.

Posteriormente en 1966, surge en el seno de las Naciones Unidas el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,⁷ este instrumento reconoce en su artículo 23 a la familia como el *elemento natural y fundamental de la sociedad*, además señala el derecho de la familia a ser protegida *por la sociedad y el Estado*; así mismo, su artículo 17 establece la protección del núcleo familiar de *injerencias arbitrarias*. Los mismos reconocimientos se sustraen del el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸.

Es importante señalar, que la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social,⁹ además de reconocer el fundamento natural y fundamental de la familia en la sociedad, insta a los Estados para para que adopten *medidas y pres[ten] servicios de bienestar social a los trabajadores migrantes y a sus familias*. Este exhorto ilustra una medida de

<http://www.oas.org/consejo/sp/comisionesespeciales/Comision%20Especial%20Asusntos%20Migratorios.asp> [última visita 9 de febrero de 2012]

⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, A.G. Res. 217 (111), U.N. Doc. A/810 (10 de diciembre de 1948)

⁷ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, A.G. Res. 2200A (XXI) (16 de diciembre de 1966), Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49

⁸ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. Res. 2200A(XXI), (16 de diciembre de 1966), Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

⁹ Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, A.G. Res. 2542 (XXIV), (11 de diciembre de 1969)

protección familiar interesante y garantista, toda vez que antepone la institución familiar al estatus migratorio.

1.1.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ahora bien, los sistemas regionales también han reconocido el derecho a la protección familiar dentro de sus instrumentos, es sí como en el seno del Sistema Interamericano se cuentan con disposiciones normativas que propenden por la protección a la familia y el reconocimiento de esta como elemento natural y fundamental de la sociedad.

Es así, como en 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰, reconoció en su artículo 6 a la familia como *elemento fundamental de la sociedad*; así mismo este artículo establece la protección esta institución. Por su parte el artículo 5 protege a la familia de las injerencias arbitrarias.

En el año de 1969 se proclama la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹¹ este instrumento se constituye en una de las más grandes conquistas del Sistema Interamericano, a su vez, la Convención Americana establece en su artículo 17 el derecho a la protección familiar, estableciendo a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, e irradiando la obligación de protección al estado y la sociedad.

En los mismos sentidos anteriores, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)¹², consagra en su artículo 15 importantes consideraciones respecto a la protección de la institución familiar; de igual manera el precitado artículo establece algunas medidas que los Estados deben asumir en expresión de sus obligaciones internacionales en cuanto a la protección de la familia.

En todos los ordenes expresados en los párrafos precedentes, se puede concluir inequívocamente que la comunidad internacional ha propendido por crear instrumentos que consoliden el concepto de familia dentro de una esfera fundamental y esencial en la sociedad; producto de ello, la humanidad cuenta con mecanismos internacionales efectivos que protegen la institución familiar y le otorgan a este derecho una importancia suprema en el marco de la teoría de los derechos humanos.

¹⁰ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, OEA Res. XXX

¹¹ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978)

¹² *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988)

1.2. Protección Internacional a los derechos de los niños

1.2.1. En el Sistema Universal de Derechos Humanos

Los niños han sido a lo largo de la historia una población susceptible de especial vulnerabilidad, pues sus condiciones naturales así lo presagian, por lo cual, los Estados deben brindar especial protección a esta población, adoptando medidas positivas que permitan la reivindicación de este grupo históricamente vulnerable. Por lo anterior, en el marco de la comunidad internacional se han tejido sobresalientes instrumentos que reconocen y protegen los derechos de los niños.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25.2. establece *los cuidados y asistencia especiales* a que tienen derecho los niños, a si mismo marca el derecho de la infancia a recibir una protección social en términos de igualdad. En igual sentido, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece la protección especial que los niños requieren, así como el derecho de los menores al nombre y la nacionalidad; el Pacto también contiene medidas de protección para los niños procesados, otorgándoles garantías penales y prohibiendo la pena de muerte en contra de menores de 18 años. Por su parte. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también entrañan una especial protección a los derechos de los niños.

Aunado a los anteriores tratados, surge en el Sistema Universal, la Convención sobre los Derechos de los Niños¹³ (en adelante CDN), la cual se constituye en el instrumento más importante en cuanto a los derechos de los niños se refiere, pues marca la creación del principio del interés superior del niño, el cual sustenta la ponderación de los derechos de los menores en las actuaciones de los Estados, erigiéndose como principio rector en la protección de los derechos de los niños y la actuación estatal. La CDN es el instrumento de derechos humanos que más ratificaciones posee, lo que vislumbra sin ninguna duda, la preocupación de los Estados por los derechos de los niños, así como la universalidad reconocida de estos derechos; de suerte que se pueda hablar de un consenso universal en la necesidad de proteger y reconocer los derechos de la infancia.

La CDN cuenta con importantes protocolos facultativos que protegen a los niños de flagelos específicos a los que están más expuestos, es de esta manera, como se cuenta con el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la

¹³ *Convención sobre los Derechos de los Niños*, A.G. Res. 44/25, (20 de noviembre de 1989). Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

participación de niños en los conflictos armados¹⁴ y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.¹⁵ Los protocolos facultativos anteriores son una fehaciente expresión del esfuerzo de la comunidad internacional por la protección de los derechos de los niños, expresado a través del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

1.2.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se han elaborado importantes instrumentos que reconocen los derechos de los niños y su prevalente protección. El prístino instrumento que reconoció el derecho de la infancia, fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual consagró en su artículo 7 la *protección, cuidados y ayuda especiales*, a los que tiene derecho *todo niño*.

Pasaron 21 años para que la CADH reafirmara la protección a la niñez y los derechos de esta, es así como el artículo 19 de la Convención Americana estableció que *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*; de esta norma convencional, se desprende la triada de protección que se le debe la niñez, ello partiendo del entendido que son el Estado, la sociedad y la familia las instituciones que le deben protección a la niñez; de suerte que la familia es esencial en el desarrollo del niño.

En el SIDH también se tienen algunos instrumentos que regulan algunas situaciones de riesgo a las que los niños están expuestos, en ese sentido se han creado la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores¹⁶ y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.¹⁷

Es importante señalar en este punto, que a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte IDH" o "la Corte"), se ha

¹⁴ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, A.G. Res. A/RES/54/263 (25 de mayo de 2000). Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002

¹⁵ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A.G. Res. A/RES/54/263 (25 de mayo de 2000). Entrada en vigor: 18 de enero de 2002

¹⁶ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Adoptada en Montevideo, Uruguay (15 de julio de 1989), en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho. Entrada en vigor el 4 de noviembre de 1994.

¹⁷ Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adoptada en México D.F. México (18 de marzo de 1994), en la Quinta Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado. Entrada en vigor el 15 de agosto de 1997.



establecido que la CDN hace parte del *corpus iuris* del derecho internacional de protección de los derechos de los niños¹⁸. Lo anterior, implica *per se*, que si bien la CDN es un instrumento del Sistema Universal, debe ser tenido en cuenta como criterio hermenéutico en el SIDH; ello conforme los presupuestos de la CDN, los cuales son de magna importancia en el desarrollo de los derechos del niño; en tanto tal instrumento representa un contenido proteccionista y garantista de los derechos humanos de la infancia.

En este orden de ideas, ha quedado claro que tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano se han adoptado importantes y reiterados instrumentos de protección de los derechos humanos, los cuales reconocen los derechos a la protección familiar y los derechos de los niños; irradiando una relación inquebrantable entre ambos derechos, y postulando una línea de reconocimiento garantista. Ahora se hace ineludible abordar el concepto del interés superior del niño.

2. Principio del Interés Superior del Menor

Todas las actuaciones del Estado en que de por medio este la presencia de niñas o niños, deben tener en consideración el principio del interés superior del niño, por tanto, el concepto de tal principio debe ser analizado de manera amplia y comprensiva, de suerte que la aplicación del mismo desemboque en una verdadera garantía a los derechos de las niñas y niños, y no en una mera abstracción formal del concepto; máxime cuando tal concepto posee elementos confusos y vagos que pueden acarrear incorrectas interpretaciones que restringen los derechos de los niños.

Para lograr el cometido anterior, es importante abordar el principio del interés superior del niño desde dos enfoques, el primero de ellos es el desarrollado por la doctrina, en tanto el segundo es el desarrollado en la jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, especialmente la Corte Interamericana.

2.1. Desarrollo Doctrinal

Si bien es cierto que el principio del interés superior del niño se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, no es menos cierto que tales instrumentos no contienen ningún tipo de definición que permita la conceptualización de dicho principio; situación por la cual ha sido la doctrina y la jurisprudencia las llamadas

¹⁸ Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194

al desarrollo conceptual del principio superior de los niños. En esta numeral se abordará el desarrollo doctrinal.

Para la Chilena Gloria Baeza Concha, el interés superior del niño es *el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar*¹⁹. Esta definición es abstracta y plantea problemas de carácter práctico, puesto que tendríamos que determinar cuáles son esos *bienes* a los que se refiere la autora.

Por otra parte, Gatica y Chaimovic se han referido al principio en análisis de la siguiente manera:

*el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña*²⁰

La anterior consideración supone la prevalencia de los derechos de los niños cuando estos chocan con derechos de igual rango, no obstante, esta definición puede resultar problemática, puesto que no plantea consideración alguna cuando el conflicto de intereses afronta derechos de diferente jerarquía; además entraña un margen amplio de discrecionalidad en las actuaciones que los Estados realicen en la relación Estado-niño; siendo precisamente esa alta discrecionalidad la que ha creado en la doctrina la percepción de vaguedad en la aplicación del principio en estudio.

En el sentido anterior, se han suscitado una serie de críticas al concepto del interés superior del niño concebido en el marco de la CDN, uno de los críticos a tal concepción es Diego Freedman, quien aduce que

Las normas de la Convención que hacen referencia al interés superior del niño han sido cuestionadas por su vaguedad, lo cual permitiría el ejercicio discrecional del poder estatal. En este sentido, se ha considerado que es “una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de

¹⁹ BAEZA CONCHA, Gloria (2001): “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 28, núm. 2, p. 356.

²⁰ GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia: “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo, 2002.

carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico... Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en 'el interés superior' se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra"²¹

Para Freedman, el modo acertado de salir del anterior problema, es definir el contenido y alcance del principio del interés del niño desde el fortalecimiento del *paradigma de la protección integral*.²² Este autor interpreta el principio del interés superior del niño

[...] como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un "interés superior" al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos"²³.

Este doctrinante admite que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros²⁴. Esta forma de concebir el principio del interés superior del niño es más aterrizada al contexto del mundo actual; pues determina la condición prevalente de los menores y asegura su protección integral; empero reconoce la posible existencia de derechos de mayor jerarquía, ante los cuales los derechos de los niños pueden ceder; aunque claro, de la manera menos restrictiva y más garantista posible.

Por su parte, la licenciada Mary Beloff sustenta también su punto de vista desde el concepto de protección integral, esta autora señala que la *protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares*²⁵. Concluye la argentina que *protección integral significa protección de derechos e interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos*²⁶.

²¹ FREEDMAN, Diego: "Funciones normativas del interés superior del niño", en Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, disponible en <http://www.juragentium.unifi.it/topics/latina/es/freedman.htm> [última visita el 30 de enero de 2012].

²² Ibídem

²³ Ibídem

²⁴ Ibídem

²⁵ Beloff, Mary: "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en Revista Justicia y Derechos del Niño, Unicef, Santiago de Chile de 1999, vol. 1. p. 17.

²⁶ Ibídem

Tanto lo desarrollado por Freedman como por Beloff, plantea un acercamiento acertado a un concepto contemporáneo de interés superior del niño, pues no caen en el error idealista de una prelación absoluta de los derechos del niño, sino que por el contrario, desarrollan el concepto desde la fundamentación de la protección integral, teniendo en cuenta la especial protección que se le debe a la niñez, y haciendo de los niños un verdadero sujeto de derechos humanos.

2.2. Desarrollo jurisprudencial

El desarrollo que ha tenido el principio del interés superior del menor en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido amplio, y ha contribuido a la elaboración de un concepto amplio y claro que permita la clarificación en la aplicación del principio. Antes de abordar detalladamente el desarrollo conceptual irradiado desde la jurisprudencia, es importante enunciar someramente el devenir histórico que ha permeado el tema de los derechos de los niños en el SIDH.

El 19 de noviembre de 1999, la Corte IDH emite su primera sentencia en donde aborda las violaciones a los derechos de los niños, y aunque en esta sentencia no se abordó directamente el interés superior del menor, la Corte si tomó algunas consideraciones que atisbaban una profunda línea garantista de los derechos de los niños. Fue en este caso en donde la Corte concibió que la Convención sobre los Derechos de los Niños, y la CADH hacen parte del *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de los niños; frente a esto dijo la Corte:

*Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana*²⁷.

La anterior consideración es de vital importancia para el Sistema Interamericano, en la medida que si bien no aborda directamente el interés superior del menor, implica la aplicación de este, ello en la medida que la Convención sobre los Derechos de los Niños consagra expresamente la prevalencia de ese principio.

Tres años después de la anterior sentencia, la Corte en uso de su competencia consultiva, emite la Opinión Consultiva (en adelante "OC")¹⁷ de 2002, acerca de la

²⁷ Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. *supra* nota 18, párr. 194

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En esta OC, la Corte arguye algunas consideraciones importantes que desarrollan en concepto de interés superior del niño.

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁸

Esta consideración, ha sido desde entonces, tenida en cuenta en la jurisprudencia²⁹ emitida por la Corte, pues se atisba una protección especial para los niños, otorgándoles el elemento de dignidad humana, irradiando así la condición de sujetos de derechos y de medidas especiales de protección. Para poder aplicar este principio en el contexto del derecho a la protección familiar de los niños migrantes en situación irregular, es necesario ampliar un poco más el espectro conceptual desarrollado por la Corte en ese sentido; de suerte que se pueda contestar al punto que se pretende solucionar y que hace parte de la solicitud de OC.

El concepto que ha desarrollado la Corte IDH frente a interés superior del niño, también tiene en cuenta el paradigma de la protección integral, la Corte ha dicho al respecto que

para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁰ establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños,

²⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56

²⁹ Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003.* Serie C No. 100, párr. 134.

³⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 28, párr. 60;* enuncia en el pie de página 63 la Corte que: “La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

*tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia*³¹.

Lo anterior nos da una luz importante para determinar que las políticas y decisiones migratorias que los Estados, deben tener en consideración la protección integral de los menores, sin que esto implique necesariamente la prohibición absoluta de deportación o expulsión; pues a lo mejor tales medidas, en un caso particular, podrían ser la medida más favorable para el niño y su interés superior.

Ahora bien, en el caso de *las niñas Yean y Bosico*, la Corte reafirmó lo ya dicho en otras sentencias en cuanto a que *revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños*³². Seguidamente la Corte reconoce un valor muy importante, el cual recoge de la OC 17/2002, en ese sentido reitera la Corte que *la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad*³³.

La anterior premisa jurisprudencial, sin duda alguna marca un estándar importante en la interpretación y aplicación del interés superior del niño, extrayendo el concepto de interés superior de la abstracción y elaborando un intento conceptual en la consagración de una auténtica práctica de protección integral; ello siempre partiendo desde el reconocimiento del niño como un ser sujeto de derechos y receptor de una especial protección.

Aunado a lo anterior, es importante señalar lo que ha dicho la Corte en cuanto a la elaboración y aplicación de normas y su relación con el interés superior del menor, pues tal interés *implica que el desarrollo de [los niños] y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño*.³⁴

En este momento del análisis ya se vislumbra la resolución al punto de consulta que procura resolver este escrito; pues se tienen importantes preceptos que sugieren el

³¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, supra nota 28, párr. 60.

³² Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134 Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales)*, supra nota 18, párr. 146; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 162.

³³ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra nota 32, párr. 134; Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, supra nota 28, párrs. 56, 57 y 60.

³⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, supra nota 28, punto de opinión Nro. 2.



desarrollo del interés superior del menor, así como las actuaciones del Estado en torno a este. Para terminar de entender el asunto, cabe tener en consideración que para la Corte *debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal*³⁵.

En este sentido, se puede apreciar que el interés superior del niño está íntimamente ligado con el derecho a la protección familiar, pues debe entenderse que el desarrollo integral de los menores implica por sí mismo la necesidad de crecer en una familia. En este aspecto es muy ilustrativa la opinión del Juez Cançado Trindade en su voto concurrente en la OC 17/02; el juez brasileño señala que *en el propio derecho de familia, - enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional, - el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el "interés superior del niño", cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia*³⁶.

3. Medidas que los Estados deben tomar en favor de los niños en situación migratoria irregular

Es de vital importancia analizar el tema en desarrollo a la luz de las obligaciones internacionales que los Estados asumen en materia de derechos humanos, especialmente partiendo de la llamada posición de garante que ostentan los mismos Estados sobre su elemento poblacional, así como de las medidas positivas que la organización estatal deben tomar en desarrollo de tal posición; máxime cuando las medidas versen sobre grupos poblacionales que por su naturaleza e historia ostentan un grado significativo de especial vulnerabilidad; tal es el caso de los niños.

Los Estados en expresión de su ejercicio soberano en cuanto políticas migratorias, pueden llegar a tomar decisiones que afectan sustancialmente la unión familiar de los niños; esto en cuanto a que consecuentemente a tales decisiones, pueden sobrevenir efectos adversos a los derechos humanos, como la separación del núcleo familiar. Por lo anterior, se hace indispensable crear mecanismos que garanticen los derechos de los niños y propendan por la adopción de medidas migratorias consecuentes con los actuales postulados de los Estados de Derecho. En el sentido anterior, se hace ineludible repasar

³⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 28, punto de opinión Nro. 5.*

³⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 28, Voto razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, parr. 38; Cfm. D. Youf, Penser les droits de l'enfant, Paris, PUF, 2002, pp. 2-5, 9, 14, 18-27 y 77.*

estándares que garanticen la no afectación de los derechos humanos de los niños migrantes, especialmente su prevalente derecho a la protección familiar; pues este derecho es fundamental en el desarrollo integral de los menores.

Los niños en situación migratoria irregular se pueden dividir en dos grupos básicos, el primero el de los niños no acompañados, es decir esos niños que tienen un estatus migratorio irregular pero que no están acompañados por sus padres; el segundo grupo, es el de los niños acompañados, este grupo comprende de los niños que se encuentran acompañados con sus padres, en este grupo el estatus migratorio irregular puede ser ostentado por los niños y los padres concurrentemente, o sólo por algunos de los dos; no obstante la condición migratoria de los miembros de la familia; las decisiones del Estado pueden ser definitivas para el núcleo familiar y el interés superior del niño.

Para un efecto práctico en cuanto al desarrollo del planteamiento inicial que suscito este concepto, se abordará las medidas que los Estados deben tomar en cuanto al segundo grupo (niños acompañados), ya que desde este grupo es que parte el interrogante que se pretende solucionar en estas líneas; aunque tales medidas pueden ser adaptadas al primer grupo (niños no acompañados), ya que la finalidad es delimitar las acciones migratorias estatales por una senda garantista de los derechos humanos de los niños.

El desarrollo de este punto esta restringido por la poca normatividad al respecto que los Estados de las Américas tienen en cuanto a la garantía del derecho a la protección de la familia en los procesos migratorios en los que puede mediar la expulsión de los padres migrantes, por lo que esta situación puede desembocar en la separación del núcleo familiar; desconociendo así principios básicos que orientan el devenir de los derechos humanos. La situación anterior fue incluso verificada por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (en adelante "UNICEF"), este organismo sostuvo que:

en la normativa migratoria de la región existen lagunas en cuanto al derecho a la vida familiar de niños, niñas o hijos e hijas de migrantes. Por ejemplo, las disposiciones vigentes en los procesos que pueden derivar en una separación de padres e hijos, como consecuencia de una orden de expulsión del país dictada a los padres de niños y niñas nacidos en el país de destino, la regulación de la reunificación familiar en el país de destino o de la vida familiar de niños y niñas no acompañados, bien en el país de origen o en el de destino. Las omisiones e incluso francas transgresiones a los principios de derechos humanos verificadas en la regulación de estas cuestiones, configuran un

*escenario en el cual urgen importantes cambios que permitan asegurar el respeto del derecho a la vida familiar.*³⁷

Lo anterior sin duda marca una dificultad en la solución a nuestra cuestión inicial, sin embargo, no imposibilita nuestra labor, pues como ya se ha visto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido precursora de importantes consideraciones que marcan un precedente protector de los derechos inherentes a la persona. Aunado a lo anterior, partiremos, tal y como lo sugiere la UNICEF, del *principio que prohíbe la expulsión como sanción*; pues para este organismo de las Naciones Unidas, el contenido de este principio *debería guiar los procedimientos posibles derivados del retorno de un niño migrante al país de origen, ya sea que se encuentre solo o con sus padres*³⁸.

Lo anterior no implica necesariamente la prohibición absoluta de cualquier procedimiento de expulsión migratoria; sino que sugiere no instituir este procedimiento como sanción, y que en el evento de ser aplicado, debe considerar la prevalencia del interés superior del niño: lo que sumariamente se traduce en la salvaguarda de la familia como institución básica de la sociedad.

En este orden introductorio, es necesario que la determinación de los estándares y medidas migratorias en relación con el derecho a la protección familiar, sean estudiadas bajo dos aspectos, el primero de ellos es el más amplio, y consiste en las medidas que deben tomar los Estados de destino, es decir en los cuales las personas padecen una condición migratoria irregular; en tanto, el segundo aspecto debe comprender las medidas que deben tomar los Estados de origen, entendiendo este como el país de procedencia del llamado migrante en situación irregular.

3.1. Medidas que deben tomar los Estados de destino

La UNICEF ha desarrollado de manera magistral algunos estándares que se deben tener en cuenta en las decisiones migratorias en que haya de por medio niños, centrandose su teoría en dos principios fundamentales, a saber, el ya estudiado interés superior del niño, y el principio de no expulsión como sanción. Cabe resaltar que si bien es cierto que la doctrina de la UNICEF no es vinculante para el SIDH, no es menos cierto que tal doctrina constituye premisas del llamado *soft law*, lo que implica que deba ser tomado como

³⁷ UNICEF. "Estudio sobre los Estándares Jurídicos Básicos Aplicables a Niños y Niñas Migrantes en Situación Irregular en América Latina y el Caribe, Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección". Universidad de Lanús, Centro de Derechos Humanos, Lanús, Provincia de Buenos Aires, Febrero de 2009 (Actualizado en diciembre de 2009), p. 49.

³⁸ *Ibidem*

criterio hermenéutico en el desarrollo del tema en cuestión, ello a la luz del artículo 29 de la CADH; y sobretodo cuando se sabe que la UNICEF como organismo de las Naciones Unidas, propende por el desarrollo integral de la niñez, y sus preceptos son irradiados del sentir de la CDN, la cual hace parte del *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños; así como de la jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos; incluyendo por supuesto esta honorable Corte ante la cual se esgrime el presente concepto. Dice la UNICEF que:

*La decisión de repatriar a un menor de edad desde el país donde habita hacia su país de origen, sea que se encuentre con su familia o que se trate de un niño no acompañado, deberá adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del niño. **Ello implica que la medida tendrá que estar enmarcada en una lógica de protección y no de sanción. En ningún caso una medida que disponga el retorno de un niño migrante al país del que es nacional debiera tener una naturaleza sancionatoria***³⁹. (Negritas por fuera del texto original)

Frente a este punto, ya se atisba una pauta importante que los Estados deben advertir en la concreción de sus políticas migratorias. El principio de no expulsión como sanción, no imposibilita de ninguna manera, la facultad que tienen los Estados de eventualmente, según el caso particular, expulsar a las personas migrantes irregulares, sólo que tal medida no puede tener el carácter sancionatorio, y debe responder, siempre que hayan niños de por medio, al interés superior de estos, su desarrollo integral y la preservación de la familia como institución esencial de la sociedad.

El imperativo de no direccionar la expulsión como sanción, debe tener en cuenta en su desarrollo algunos otros elementos importantes del derecho internacional, sobretodo los que están suscritos en tratados internacionales; frente al respecto anterior, es importante señalar que las medidas que afecten a los niños deben tener en consideración la opinión de estos, ello a la luz del artículo 12 de la CDN. Los niños son ante todo sujetos de derecho, por lo cual su opinión debe ser considerada de acuerdo a su madurez e interés superior. Desconocer la opinión del niño es atentar contra el desarrollo y evolución de los derechos humanos.

Aunado a lo anterior, es importante decir que el Estado debe realizar un estudio minucioso que considere la conveniencia o no de expulsar al niño o sus padres al país de origen, la expulsión no puede tener como consecuencia la separación de la familia, como bien lo dice la UNICEF:

³⁹ idem, p.50



es preciso que la evaluación que haga el Estado sobre si el retorno al país de origen es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, particularmente por razones de unidad y reunificación familiar, se alcance luego de un procedimiento que, por un lado, respete las debidas garantías procesales del niño, y por el otro, incluya las pertinentes indagaciones a fin de asegurar que la repatriación a su familia y comunidad no sólo será posible y efectiva sino también en su mejor interés y protección.⁴⁰

Así las cosas, no puede concebirse que ninguna medida migratoria desestabilice la integración familiar y el interés superior de los niños; lo anterior no sólo se corresponde con los planteamientos ya esbozados, sino que además encuentra sustentación en la disposición de la CDN que establece la excepcionalidad de la separación de los niños de sus padres:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.⁴¹ (Negritas por fuera del texto original)

En el anterior sentido, resulta clara la imposibilidad de separar al menor de sus padres, salvo que tal decisión contemple su prevalente interés, en tanto no sería jurídicamente válido una separación efectuada por el estatus migratorio; pues no sólo se estaría atentando contra el principio de no expulsión como sanción; sino además, contra la anterior premisa de la CDN que propende por la no separación del núcleo familiar.

En desarrollo de lo anterior, la Corte IDH también ha considerado en su jurisprudencia el carácter excepcional y temporal de la separación de los niños de sus padres, tal desarrollo ha sido en congruencia con la CDN y las Reglas de Beijing; ha destacado esta Corte que:

los travaux préparatoires de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su

⁴⁰ Ibídem

⁴¹ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 13, art. 9.1

núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46)⁴².

Por su parte la Corte Europea de Derechos Humanos también ha sido contundente en sus consideraciones al respecto, *incluso a llegado a considerar que la expulsión de la madre de una niña holandesa afectaba el interés superior de la niña, y señaló que el bienestar económico del país no puede estar por encima del derecho a la vida familiar de la madre y su hija.*⁴³ La anterior afirmación es bastante ilustrativa, y marca sin duda alguna la preponderancia del interés superior del los niños, en relación con los conceptos elaborados hasta ahora en el presente escrito.

Sumado a todo lo anterior, es importante señalar que la separación de los niños y sus padres también debe estar permeada por el principio de razonabilidad, pues cualquier medida debe ser estrictamente necesaria para proteger cuestiones de interés general, y los medios deben ser lo menos invasivos posibles, además ser proporcional al fin justificante de la medida. En el anterior sentido, la aplicación del principio de razonabilidad debe ser considerado en cualquier limitación al derecho a la protección familiar; de suerte que a partir de esta premisa se confirma la excepcionalidad de la separación de los niños y sus familiares.

Frente al punto que desarrollamos, la UNICEF ha manifestado lo siguiente: *Además de ser contrarias al interés superior del niño, las medidas de expulsión de padres resultan de difícil justificación si se consideran debidamente ciertos principios del DIDH, como el interés superior del niño, el pro homine o el principio de proporcionalidad.*

La Corte IDH en su OC 17 se adhiere a los dispuesto en la 12 Directriz de Riad señalado que *la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia [...].*⁴⁴ Lo anterior es un motivo más para reafirmar que la separación de los niños de sus padres por razones de estatus migratorio es improcedente a la luz del DIDH, por lo cual en este sentido ya se sugiere una importante consideración en el interrogante que se pretende

⁴² OC 17, párr 75.

⁴³ TEDH, caso Rodríguez Da Silva c. Holanda, Demanda Núm. 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006. En el caso se analizó la expulsión de la madre de una niña holandesa de tres años, quien al momento del nacimiento de su hija se encontraba en situación migratoria irregular.

⁴⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 28, párr. 67; Cfr. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), A.G. Res. 45/112 (14 de diciembre de 1990), directriz 12.*



resolver.

Ya teniendo claras las pautas que los Estados deben tener en cuenta en la asunción de las políticas migratorias en donde interfieran niños acompañados, es necesario que cualquier proceso migratorio que se inicie este supeditado a la aplicación de las garantías que emergen del debido proceso legal, pues este *no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.*⁴⁵

Antes de desarrollar la proposición anterior, es importante señalar primero la relación y complementariedad que se desprende de los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH; puesto que a la luz de ello se puede colegir una importante línea de garantía que asegura las posibilidades de los migrantes a tener verdaderas herramientas de defensa frente a las actuaciones del Estado, en ese sentido ha señalado la Corte que:

[...] el Estado está en la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).⁴⁶ (Negritas por fuera del texto original).

Fundamento de las anteriores premisas, reposa en el criterio eminentemente garantista que ha inspirado el actuar jurisprudencial de la Corte IDH, recordemos que ya este Tribunal ha advertido en casos de migrantes en situación irregular que, *las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos*

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 190; Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91; *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 190, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 104.

administrativos.⁴⁷ La transcrita consideración evidencia la real garantía que debe mediar imperativamente en los todos los procesos, llamesen estos judiciales o administrativos; por lo que indefectiblemente se concluye que los procesos migratorios están amparados por el intrínseco respeto al debido proceso legal.

Aunado a lo ya considerado, debe advertirse que ya la propia Corte IDH, ha establecido que **el debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio**. *El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo ratione materiae sino también ratione personae sin discriminación alguna*⁴⁸. (Negritas por fuera del texto original).

En este orden de ideas, se tiene que todos los procesos migratorios deben ser respetuosos del debido proceso legal, con mayor razón cuando en tales procesos medie la participación, y por consiguiente posible afectación de los niños; puesto que estos están expuestos a una doble victimización, ello en el entendido de su situación migratoria y de su propia condición de niños; lo que conlleva a una especial situación de vulnerabilidad, la cual debe contar con la oportuna intervención del Estado a través de las acciones afirmativas que se desprenden de su posición de garante.

3.2. Medidas que deben tomar los Estados de origen

Hay una situación que ha sido poco advertida por la jurisprudencia y las disposiciones internacionales en cuanto a las garantías y estándares de los migrantes en situación irregular; y es la relacionada con las obligaciones del país de origen. Si bien es cierto que la mayoría de las obligaciones recaen en el país de destino, por ser este quien ostenta la posición de garante, es importante advertir, que a nuestro criterio, hay algunas obligaciones que los Estados de origen deben asumir; pues el desarrollo integral y el interés superior del niño, así como las obligaciones derivadas de la CADH así lo exigen.

Es así como los Estados de origen deben adoptar medidas que propendan por la aplicación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que la

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 108. *Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200. párr. 208, y *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 119.

⁴⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 122



cobertura de estos derechos tendrían como lógica consecuencia la reducción de migrantes nacionales a otros países; ello en el entendido que se logra cubrir las contingencias que afectan a las familias. Esta situación sin duda alguna, es una obligación asumida por los Estados signatarios de la CADH y su protocolo facultativo de San Salvador, que si bien es cierto no es una medida directamente relacionada con las familias migrantes y sus derechos, si es una medida que reduce el fenómeno de la migración y protege posibles afectaciones a los derechos humanos de los niños; pues quien potencialmente podría ser un migrante irregular; encuentra opciones que le brindan la posibilidad de acceder a mejores condiciones de vida. Así configuramos políticas preventivas; reduciendo las correctivas que suelen tener afectaciones directas a los derechos humanos.

Otra obligación que se subsume de la CADH para los Estados de origen, es la consistente en proporcionar a los migrantes deportados o expulsados de los países de destino donde estaban irregularmente, las condiciones necesarias para afrontar una readaptación digna, máxime cuando entre los afectados se encuentre un niño y su núcleo familiar. En este punto, sea cual sea la situación, el Estado de origen debe tomar medidas positivas a favor de los niños y sus familias, de manera que se propenda por la unificación familiar y el desarrollo integral del niño; puesto que al regresar a su país de origen, los deportados o expulsados vuelven a quedar a merced del Estado, retomando este su posición de garante.

Así las cosas, puede observarse que los Estados de origen también tienen obligaciones frente al tema de los migrantes irregulares y sus familias, pues partimos de una teoría integral que logre relacionar las medidas preventivas como medios que permiten contrarrestar el fenómeno de la migración irregular. Aunado a lo anterior, una vez exista una deportación o expulsión, el Estado de origen vuelve a ostentar su condición de garante frente a sus nacionales, por lo cual, debe adoptar medidas positivas que logren diezmar el impacto del proceso y salvaguarde los derechos de los niños.

4. Conclusiones

Después de todas las anteriores consideraciones y reflexiones, podemos llegar a algunas conclusiones que dan respuesta a nuestro planteamiento inicial, es decir el punto N° 9 de la consulta, el cual se fundamenta en *el derecho a la protección familiar de las niñas y los niños en casos de disponerse la expulsión de sus padres por motivos migratorios*.

Así las cosas, tenemos que la expulsión de los migrantes irregulares no puede tener el carácter sancionatorio, en tanto, si existen niños de por medio, debe primar el interés

superior del niño; quedando prohibido la separación de la familia; tal situación procede excepcionalmente, y sólo en casos particulares en donde la decisión de separación o expulsión se sustente en el interés superior del niño.

Los Estados no pueden alegar el interés económico del país para expulsar a los niños y sus familias, o separarlos; en tanto ese fin no es mayor al interés superior del niño.

Los Estados siempre deben tener en cuenta la opinión del niño, y su valoración debe hacerse de acuerdo a su madurez; de manera que se conciba al niño como un verdadero sujeto de derechos.

Los Estados deben adoptar medidas que fortalezcan progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales, ello en la medida que esto previene la migración irregular, en razón que se mitigan las causas principales de la migración irregular.

Con fundamento en todo lo considerado, el GJA

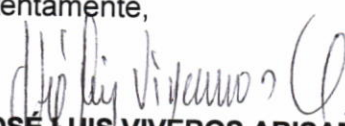
OPINA

La expulsión de los padres por motivos migratorios es *prima facie* prohibida, procediendo sólo excepcionalmente, y cuando obedezca a la aplicación del interés superior del niño. Los Estados deben tener en cuenta la opinión del niño, y evitar que este sea separado de sus padres por motivos migratorios.

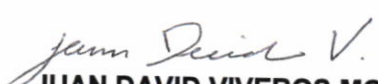
Para efectos de notificación, se nos puede contactar en la Calle 50 N° 50 - 14, Piso 9 del Edificio Banco Popular (Medellín - Antioquia - Colombia). Correo electrónico grupojuridico@gja.com.co; Fax: (574) 454 84 24; teléfono 511 61 76.

Aprovechamos la oportunidad para expresar nuestra admiración y respeto, alentándolos en su incansable labor de defensa de los derechos humanos

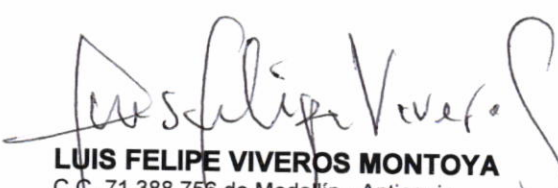
Atentamente,



JOSÉ LUIS VIVEROS ABISAMBRA
REPRESENTANTE LEGAL GJA.
C.C. 3.573.470 de San José de la Montaña (Antioquia)
T.P. 22.592 del C. S. de la J.



JUAN DAVID VIVEROS MONTOYA
C.C. 8.126.869 de Medellín - Antioquia
T.P. 156.484 del C. S. de la J.



LUIS FELIPE VIVEROS MONTOYA
C.C. 71.388.756 de Medellín - Antioquia
T.P. 141.683 del C. S. de la J.



JUAN ESTEBAN MONTOYA HINCAPIÉ
C.C. 1.128.280.851 de Medellín - Antioquia
T.P. 209.511 del C. S. de la J.