

Migración internacional y conflicto: Un análisis desde la política norteamericana y colombiana*

International migration and conflict: an analysis from the
perspective of the American and Colombian policies

Silvana Insignares Cera**
Shirley Llaín***
Universidad del Norte (Colombia)

* Esta investigación está adscrita al proyecto de investigación que hace parte de la tesis doctoral sobre “Integración latinoamericana: su construcción jurídico-política”.

** Abogada, Universidad del Norte (Colombia), especialista en Procesos de integración europeo y América Latina, máster en Gestión del Comercio Internacional de la Universidad de Valencia (España), candidata a doctora en Derecho de la Universidad de Valencia. Profesora-investigadora adscrita al GIDCEP. insignares@uninorte.edu.co

*** Abogada, Universidad del Norte (Colombia), especialista en Derecho Comercial, máster en International Law en Stetson University College of Law (Estados Unidos). Profesora de la Universidad del Norte (Colombia). sllain@uninorte.edu.co

REVISTA DE DERECHO

Edición especial, julio de 2012

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

La migración internacional es un fenómeno que se ha incrementado a partir de la globalización; esto ha obligado a los diferentes Estados a formular políticas migratorias tendientes a controlar el flujo migratorio que afecta, entre otros, la economía de éstos. Sin embargo, esta política, que debe ser concebida de manera integral, no es formulada por los Estados de para solucionar los conflictos que se derivan de la migración sino para resolver la situación coyuntural que enfrentan respecto al control y restricción de garantías a esta población.

Palabras clave: Migración internacional, globalización, derecho internacional, migración e inmigración.

Abstract

International migration is phenomenon that has increased due to facts like globalization. This has forced different states to formulate migratory policies to control migration flows, which itself has a deep impact on their economy. These policies should be designed in a holistic manner. However the states do not formulate these policies to solve the migration related conflicts, but to solve the problems that arise directly from the attempt to control and restrict the guarantees of the affected population.

Keywords: International migration, globalization, international law, migration, emigration.

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2011

Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2012

INTRODUCCIÓN

La globalización¹ ha sido un factor clave en el incremento de los flujos migratorios entre Estados; en este sentido es pertinente destacar cómo los diferentes Estados se han visto en la necesidad de elaborar políticas públicas tendientes a regular este tipo de fenómenos. La migración puede analizarse desde una visión positiva a partir de la oportunidad de interconexión en tiempo real que se genera en el mundo globalizado, donde las fronteras cada vez más tienden a convertirse en invisibles precisamente para permitir que se genere no solamente un libre intercambio entre bienes y servicios sino también entre la población. Desde el punto de vista económico es una oportunidad de generar un mayor intercambio comercial de mercancías y servicios a través de la realización de una comercialización efectiva que se genere a nivel transnacional.

Sin embargo, estos aspectos van de la mano de otro tipo de razones que van más allá del elemento eminentemente económico; tan es así que aspectos sociales, políticos, culturales, familiares y el fenómeno de la violencia inciden de manera directa en la decisión para que un nacional decida emigrar de su país de origen. En este sentido, al analizar la realidad nacional de los Estados, así como las políticas que se manejan en los gobiernos, encontramos la respuesta de cómo se deben orientar la políticas generales en materia de migración².

¹ Algunos autores afirman que en la medida en que aumente el proceso de globalización, en esa misma medida deben aumentar las migraciones. El problema radica en que estas no sean libres sino forzadas o excluyentes; esto ocurre cuando las fronteras se diluyen para un tipo de flujos pero se robustecen para otros sectores de la población; en este sentido es necesario que se construya una política de migración legítima y eficaz, de conformidad con los principios de legitimidad del derecho internacional (De Lucas, 2003). Lo anterior teniendo de presente que no podemos hablar de un mundo globalizado sin tener en cuenta el elemento población como base fundamental de toda sociedad.

² En 2005, según las Naciones Unidas, se observó un incremento del 59% en el número de personas que residían fuera de su país. Así las cosas, las migraciones no pueden analizarse únicamente revisando los problemas que existen dentro del Estado de origen sino que también hay que determinar la responsabilidad de los países receptores y su compromiso en el contexto global (Camacho, 2010).

Lo que a la postre resulta una paradoja es comprender cómo países que son en esencia migrantes y que su origen se debió precisamente a estos intercambios se convierten en los principales generadores de políticas restrictivas en materia de migración; este es el caso de Estados Unidos y de la Unión Europea; esto, unido a la falta de políticas claras y efectivas en los Estados, específicamente los que están en vía de desarrollo, generaran conflictos y vulneración de derechos por parte de los Estados receptores de los extranjeros que se convierten en inmigrantes.

En este sentido, la política de migración debe coordinar tanto las políticas nacionales como las internacionales, es decir, la búsqueda debe dirigirse hacia la gestión de los flujos migratorios de cara al respeto de los principios del Estado de derecho y de los derechos humanos, donde se plantee la relación entre los países de destino y los de origen de los flujos, que permita convertir este fenómeno en algo beneficioso para ambos Estados, así como para los inmigrantes (De Lucas, 2003). Por lo anterior, a través de esta investigación se pretende analizar las políticas migratorias de Estados Unidos³ tomando como referente el

³ En 2012, debido a la preocupación del Gobierno norteamericano, se han expedido nuevas leyes migratorias en diferentes estados con el objetivo principal de proteger a los jóvenes y reducir la inmigración ilegal. Los estados que deben enfrentar estas nuevas reformas son: “**Alabama**, el estado con la ley más intransigente del país en cuanto a la inmigración ilegal, promulgará una disposición clave que obligará a todos los empleadores que hacen negocios con cualquier entidad del gobierno a que utilicen el sistema federal *E-Verify* para comprobar que todos los nuevos empleados están residiendo legalmente en Estados Unidos. En **Georgia** entrará en vigencia una ley similar que requiere que cualquier empresa con 500 empleados o más use el *E-Verify* para verificar la elegibilidad laboral de los recién contratados. El requisito se aplicará gradualmente, de manera que todos los negocios con más de 10 empleados quedarán incluidos en julio de 2013. Sus partidarios dicen que la nueva ley disuadirá a los inmigrantes ilegales de venir a Georgia, pero los detractores sostienen que se trata de un ámbito federal y que las porciones de la ley que ya se aplican están afectando a la propia Georgia. **Tenesí** también obligará a las empresas a asegurarse de que sus empleados están autorizados legalmente a trabajar en Estados Unidos, pero eximirá a los empleadores con cinco trabajadores o menos, al permitirles pedir una copia de la licencia de conducir del nuevo empleado, en lugar de usar el sistema *E-Verify*. En **Carolina del Sur**, a través de una ley se obligará a los policías a preguntarles a sospechosos de delitos o a personas detenidas por infracciones de tránsito sobre su estatus migratorio. La ley está siendo impugnada por una demanda federal, y un juez ha dicho que fallará el sábado sobre las partes de la ley que entrarán en vigor. Esa ley también creará una nueva unidad policial encargada de aplicar la ley estatal de inmigración ilegal. **California** también estrenará una ley sobre la inmigración ilegal,

tratamiento otorgado a los extranjeros solicitantes de asilo y refugio, puesto que gran parte de la población colombiana emigra hacia este país⁴. De la misma manera, se revisara cómo la política colombiana, a pesar de los últimos desarrollos y de los esfuerzos realizados, carece de la dinámica necesaria para consolidarse como una herramienta útil dentro de esta sociedad de flujos migrantes permanente.

1. LA POLÍTICA MIGRATORIA DE ESTADOS UNIDOS EN MATERIA DE REFUGIADOS Y ASILO

El sistema migratorio en Estados Unidos prevé diversas formas por medio de las cuales una persona extranjera puede obtener un estatus que le permita legalmente residir y eventualmente aplicar para su naturalización en ese país. Dentro de las formas de inmigración previstas en la legislación estadounidense podemos contar, en primer lugar, la inmigración sustentada en la reunificación familiar⁵; en segundo lugar, la inmigración fundamentada en el empleo, la cual se encuentra

pero en sentido contrario: permitirá que aquellos estudiantes que ingresaron al país ilegalmente puedan recibir ayuda financiera privada en universidades públicas. En **Nueva Hampshire**, las menores embarazadas que quieran abortar deberán informar previamente a sus padres o un juez. Los estudiantes de California asistirán a cursos obligatorios sobre los aportes de los *gays* y las lesbianas a la sociedad. En muchos estados, **las leyes aprobadas este año entrarán en vigencia el 1 de enero**. En otros, el 1 de julio o 90 días después de su sanción" (*El Colombiano*, 2011).

⁴ De acuerdo con U.S. Department of Justice. Executive Office for Immigration Review (2011), durante el año 2010 los jueces de inmigración manejaron 4897 casos de nacionales colombianos, lo que representa un 1.71% de los casos de inmigración en ese país. Sin embargo, esa cifra sitúa a Colombia como el noveno país con mayor número de casos de sus nacionales ante estos jueces. Esta situación se ha mantenido igual en el período 2006 al 2010. Por otro lado, según el DHS (Department of Homeland Security), entre 2006 a 2010 Colombia se encontraba entre los diez países a cuyos ciudadanos se les concedió mayor cantidad de solicitudes de asilo. En 2010, los procedimientos afirmativos ante el USCIS (United States Citizenship and Immigration Service) de ciudadanos colombianos representaron un 3.2% de los procesos de esa naturaleza ante esa entidad; en el año 2009, 5.4% y en 2008, 9.2%, lo cual convierte a Colombia en el octavo país con mayor número de procedimientos afirmativos. En cuanto a los procedimientos defensivos, el DHS muestra que los jueces de inmigración han manejado un 2.4% de casos de este tipo para 2010, para 2009 el porcentaje fue de 3.5% y para 2008 de 5%. Como en los casos anteriores, estas cifras ubican a Colombia entre los cuatro primeros países cuyos nacionales enfrentan procesos defensivos en Estados Unidos (U.S. Department of Homeland Security (2011) y U.S. Department of Justice. Executive Office for Immigration Review (2011).

⁵ Dentro de esta forma de inmigración encontramos las solicitudes de visas para hijos, padres y hermanos de ciudadanos americanos y de residentes legales permanentes.

orientada a recibir en forma permanente o temporal a inmigrantes que posean habilidades valiosas⁶, y en tercer lugar, la inmigración derivada de la calidad de refugiado, asilado o persona perteneciente a grupos vulnerables. A esta categoría pertenecen aquellos extranjeros que están huyendo de la persecución o que no pueden regresar a sus países de origen debido a amenazas contra su vida o a condiciones extraordinarias⁷. Es precisamente en este tercer punto en el que centramos nuestro análisis.

Ahora bien, la figura del refugio está regulada a nivel internacional principalmente por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo Relativo al Estatus de los Refugiados de 1967, instrumentos que fueron auspiciados por la ONU. Aunque Estados Unidos no ratificó la Convención, en 1968 ratificó el Protocolo, con lo cual se comprometió también a incorporar a su legislación interna la Convención de 1951. Es así como en 1980 Estados Unidos adoptó el “Refugee Act” o Ley de Refugiados, con la cual se adicionó una nueva regulación sobre refugiados a la Ley de Inmigración y Naturalización (Immigration and Naturalization Act [INA] (Legomsky, 2005).

De acuerdo con el INA, el estatus de refugiado se alcanza si se cumplen dos requisitos: el primero, que quien busca el estatus de refugiado esté siendo objeto de persecución o que tenga un miedo bien fundado de ser perseguido; el segundo, que la persecución sea motivada por razones

⁶ Estados Unidos tiene prevista dentro de su legislación distintos tipos de visas para aquellos trabajadores extranjeros con habilidades especiales en orden a que permanezcan en el país bien sea temporal o permanentemente. Estas visas incluyen visas L para traslados de personal realizados por compañías, visas P para atletas y personas pertenecientes al espectáculo, visas R para trabajadores religiosos, visas A para empleados diplomáticos y visas H para ocupaciones especiales.

⁷ La legislación hace diferencia entre los refugiados que aplican para su admisión fuera de Estados Unidos (“overseas refugees”) y los refugiados que aplican para obtener su protección a través del asilo estando dentro del territorio de Estados Unidos (“asylum-seekers”). Aunque estrictamente hablando toda persona que solicita asilo es un refugiado, de acuerdo con la legislación de Estados Unidos, el asilo es una protección especial que se traduce en un permiso para permanecer temporal o permanentemente y que se distingue de la aplicación del Principio de No Devolución, el cual se utiliza para evitar procesos de deportación o expulsión del país (Legomsky, 2005, pp. 917- 918).

de opinión política, religión, nacionalidad o membresía de un particular grupo social o raza (INA § 101(a)(42)). Una persona que cumpla con estos dos requisitos puede solicitar protección y permanecer dentro del territorio norteamericano presentando una solicitud de asilo, o pidiendo que se le aplique el Principio de No Devolución⁸.

En lo que respecta a la solicitud de asilo, el trámite de esta se realiza ante el servicio de ciudadanía e inmigración de Estados Unidos (US Citizenship and Immigration Service - USCIS), entidad en la cual los solicitantes son atendidos por oficiales de asilo encargados de conceder o negar la solicitud, para lo cual se adelanta una acción denominada *procedimiento afirmativo*, que consiste en realizar a los aplicantes entrevistas para determinar su calidad de refugiados. Durante esta etapa, el solicitante tiene derecho a un abogado, y puede entregar documentos y presentar testigos para soportar su petición. Si el oficial de asilo niega la solicitud, entonces se iniciará un proceso denominado *procedimiento defensivo*, mediante el cual el caso es enviado a un juez de inmigración para que este decida si comienza o no el procedimiento de expulsión o deportación del solicitante. Si el juez de inmigración decide iniciar la expulsión o deportación del solicitante, este en todo caso puede apelar la decisión del juez ante el BIA (Board of Immigration Appeal) (Wasem, 2005). Finalmente, si la apelación no favorece al solicitante, este puede acudir a las cortes federales para que revisen su caso⁹.

⁸ A la aplicación del Principio de No Devolución se le denomina *withholding of removal*, el cual consiste en solicitarles a las autoridades migratorias que detengan cualquier proceso de remoción o deportación de una persona que se encuentra ilegalmente en el país pero que tiene la calidad de refugiado y, por consiguiente, que no lo devuelvan a su país de origen (Legomsky, 2005, p. 938) (INA § 241(b)(3)).

⁹ En el sistema legal de Estados Unidos, por su naturaleza de Estado federal, cada estado tiene sus propias leyes en ciertas áreas bien definidas. Sin embargo, existen leyes federales que controlan otras áreas del derecho. Tal es el caso de las leyes de inmigración. Ahora bien, los procesos afirmativos y defensivos de que venimos hablando son procesos administrativos ante dos entidades del Gobierno federal: el USCIS, que depende del DHS (Department of Homeland Security), y los jueces de inmigración y el BIA, que pertenecen al EOIR (Executive Office for Immigration Review), el cual, a su vez, depende del Departamento de Justicia de Estados Unidos. Una vez el proceso defensivo ha terminado, el extranjero puede pedir su revisión ante las cortes federales, las cuales tienen una estructura paralela que comienza con las cortes federales del distrito (federal district court), sigue con las cortes de apelaciones (United States Courts of

Con relación a la solicitud de aplicación del Principio de No Devolución, esta se realiza ante un juez de inmigración durante el proceso defensivo anteriormente descrito. Generalmente, esta situación se presenta cuando el refugiado no tuvo la posibilidad de hacer uso del *procedimiento afirmativo*¹⁰.

De acuerdo con el reporte del año 2010 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR), Estados Unidos es el principal receptor de peticiones de asilo en el mundo, proveyendo de protección y asistencia a los refugiados. En 2009, Estados Unidos recibió 50 000 aplicaciones de asilo y más de 61 800 refugiados se reasentaron en él, lo cual lo convierte en el país de reasentamiento más grande del mundo. Adicionalmente, Estados Unidos provee de protección humanitaria complementaria otorgando el estatus de protección temporal (TPS) a individuos de países que enfrentan desastres naturales, violencia generalizada u otros problemas humanitarios¹¹.

Sin embargo, las políticas y procedimientos de este país en materia de asilo y la aplicación de la definición de refugiado han sido cuestionadas por distintas organizaciones internacionales, tales como la ACNUR, la CIDH y ONGs como Amnesty Internacional¹², por no estar en consonancia con lo previsto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo Relativo al Estatuto de los Refugiados de 1967. Los cuestionamientos¹³ en esta materia se relacionan con la forma como

Appeals. Existen 12 circuitos regionales) y finaliza en la Corte Suprema de Justicia. Para los casos de inmigración, la petición de revisión se presenta en las cortes de apelaciones, y si la decisión no le es favorable al extranjero, entonces puede apelar ante la Corte Suprema (Fletcher, 2006).

¹⁰ De acuerdo con las normas de inmigración estadounidense, un refugiado tiene un año a partir del momento en que entró en el territorio de Estados Unidos para solicitar asilo. Una vez a transcurrido ese tiempo podrá ser objeto de un proceso de expulsión o deportación (INA § 208(2) (B)).

¹¹ UN High Commissioner for Refugees (2010).

¹² Ver su reporte de 2010 sobre los Derechos Humanos en Estados Unidos (Amnesty International, 2010).

¹³ Al respecto Legomsky (2004) señala que "Hay muchos observadores que sienten que los procedimientos que se usan actualmente son tan someros que la probabilidad de que un soli-

se interpreta en ese país la definición de refugiado y la aplicación del Principio de No Devolución, las falencias que presenta el proceso de adjudicación del asilo y la detención en centros carcelarios de adultos solicitantes de asilo así, como de menores refugiados no acompañados.

1.1 Cuestionamientos sobre la interpretación de la definición de refugiado y aplicación del principio de no devolución

El problema central radica en la interpretación restringida que jueces y oficiales de inmigración han adoptado de la definición de refugiado, en la medida en que le han añadido requisitos adicionales a los previstos por la Convención de 1951¹⁴ y su Protocolo para poder otorgarles a los solicitantes de asilo el estatus de refugiado. De modo que una persona puede ser considerada como refugiada bajo los estándares de los instrumentos internacionales citados, mas no bajo los estándares de la legislación estadounidense. Por ejemplo, sobre este tema, la ACNUR en su *Amicus Curiae* de 18 de agosto de 2010 en apoyo de la peticionaria Minta del Carmen Rivera-Barrientos¹⁵ señaló que el BIA ha malinterpretado el significado de “pertenencia a un grupo social particular” al imponer como requisitos para identificar a un grupo social que éste tenga “social visibility” y “particularity”. De acuerdo con la ACNUR, estos requisitos no están en consonancia con el contexto u objeto y propósito de la Convención de 1951 y su Protocolo ni con las guías propias de la ACNUR. Este tipo de interpretaciones del BIA, que como lo hemos mencionado maneja las apelaciones de los solicitantes de asilo cuando estas le han sido negadas por los jueces de inmigración, “(...) puede resultar en que a los refugiados les sea erróneamente denegada la protección internacional y que sean devueltos a un país donde su vida

citante genuino de asilo sea devuelto a su perseguidor se ha hecho más alta de lo aceptable”.

¹⁴ El concepto de refugiado está previsto en el Art. IA de la Convención, que señala que se trata de personas que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país (Convención sobre el Estatus de los Refugiados, 1951).

¹⁵ United Nations High Commissioner for Refugees (2010).

o libertad sea amenazada, en violación de una obligación fundamental consagrada en la Convención de 1951”¹⁶.

De igual forma, la imprecisa interpretación del concepto de refugiado impacta negativamente el proceso de adjudicación del asilo en Estados Unidos, en la medida en que las decisiones que se toman en las cortes de inmigración y antes de revisión carecen en muchas ocasiones de criterios uniformes. Un ejemplo de la división de criterios que se pueden presentar en las cortes migratorias de Estados Unidos lo constituye el caso reciente de *Demiraj v. Holder* (2011)¹⁷, tramitado ante la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, en el que la señora Demiraj y su hijo solicitaron asilo, *withholding of removal* y No Devolución con base en la Convención contra la Prevención de la Tortura, debido al miedo que tenían a ser perseguidos y torturados en su país de origen, Albania, por pertenecer a la familia de Edmond Demiraj.¹⁸ Este último había sido testigo material en un juicio de Estados Unidos contra un delincuente peligroso de origen albanés, y contra el cual las autoridades albanesas se negaban a actuar (*Demiraj v. Holder*, 2011, p. 196). En este caso, la Corte señaló que para poder obtener asilo, el extranjero debe demostrar que es *refugiado* de acuerdo con la definición que de ese término hace el INA. Este define *refugiado* como una persona que no puede o no está dispuesta a volver a su país porque es objeto de persecución o tiene un miedo bien fundado de persecución debido, entre otras razones, a su pertenencia a un particular grupo social (*Demiraj v. Holder*, 2011, p. 198). Según el razonamiento de la Corte, aunque la familia Demiraj puede constituir un particular grupo social dentro de los parámetros del concepto de refugiado, la señora Demiraj no pudo probar que estaba siendo perseguida o podría ser perseguida por pertenecer a

¹⁶ “Significantly, the Board’s imposition of the requirements of “social visibility” and “particularly” may result in refugees being erroneously denied international protection and subjected to refoulement –return to a country where their “life or freedom would be threatened”– in violation of a fundamental obligation under the 1951 Convention.” (Así reza el texto original) (United Nations High Commissioner for Refugees, 2010, p. 4).

¹⁷ *Demiraj v. Holder* (2011). El caso se encuentra pendiente de solución ante la Corte Suprema de Justicia de EE.UU.

¹⁸ Rudina Demiraj y Rediol Demiraj, esposa e hijo de Edmond Demiraj.

esta familia porque lo que motivaba al perseguidor era la venganza personal contra el señor Demiraj y no su deseo generalizado de herir a la familia como tal (*Demiraj v. Holder*, 2011, p. 199).

El contraste de criterios es denunciado por el juez Dennis en su voto disidente alegando que en el caso *Torres v. Mukasey* (2008), muy similar al caso *Demiraj v. Holder*, la Corte, utilizando el mismo criterio, alcanzó un conclusión totalmente distinta. En ese caso, el peticionario estaba siendo perseguido y maltratado por las fuerzas militares de Honduras debido a que pertenecía a una familia que era reputada como una familia de desertores (cuatro hermanos del peticionario habían desertado del ejército). Como lo expone el juez Dennis, la diferencia fáctica entre este caso y el caso Demiraj es casi nula. Así como en el caso Torres, la señora Demiraj enfrenta el riesgo de ser perseguida por el solo hecho de pertenecer a la familia Demiraj, y aún así la Corte encontró que no reunía los requisitos para alcanzar el estatus de refugiada y que le fuere concedido asilo en Estados Unidos. Mientras que en el caso Torres, a este le fue concedido el asilo con fundamento en que estaba siendo perseguido debido a que era miembro de un particular grupo social constituido por su familia.

Por otro lado, vale la pena traer a colocación que el proceso de adjudicación de asilo como tal también presenta falencias en cuanto a la forma como se lleva a cabo el procedimiento defensivo porque muchos solicitantes no pueden costear representación legal ante las cortes de inmigración y el Estado tampoco les provee de ningún servicio legal¹⁹,

¹⁹ Al respecto, el reporte estadístico para el año 2010 del EOIR (U.S. Department of Justice. Executive Office for Immigration Review, 2011) señala la preocupación de los jueces de inmigración en la medida en que el INA consagra el derecho de los individuos sujetos a procesos de deportación a tener representación legal, pero no a expensas del Gobierno y, por ende, muchos extranjeros en esa situación no pueden costear un abogado y deben acudir a representación pro bono (gratuita) o representarse por sí mismos. Entre 2006 a 2010, solo entre el 35 al 43% de los solicitantes tuvieron representación legal. En el caso *Aguilera-Enriquez v. INS* (1975) precisamente se abordó este tema y la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito señaló que el hecho que un solicitante carezca de abogado en su audiencia ante un juez de inmigración no se constituye en una falta al debido proceso. De igual forma, en un estudio sobre las disparidades en el proceso de adjudicación de asilo en Estados Unidos encontró que el hecho que un solicitante de asilo

lo cual significa que carecen de medios de defensa en un proceso tan complejo y con tantas capas de revisión como lo es el proceso de adjudicación de asilo. En contraste, en el proceso defensivo, por ejemplo, el Estado posee la mejor representación legal con el objetivo de desvirtuar el potencial estatus de refugiado del solicitante de asilo (United Nations High Commissioner for Refugees, 2010). Otras críticas²⁰ que enfrenta el proceso de adjudicación de asilo se refieren a que tanto las cortes como el BIA están sobrecargadas de casos y tienen pocos recursos, los jueces de inmigración carecen del entrenamiento legal suficiente, sus decisiones no tienen una revisión interna adecuada y el proceso de apelación ante el BIA, al ser realizado por un solo miembro, quien puede tomar una decisión sin que esta conste por escrito, impide la revisión significativa de los pedidos de asilo²¹.

Ahora bien, además de las falencias que presenta la interpretación de la definición de refugiado y, en consecuencia, el proceso de adjudicación del asilo, también debe examinarse la incorrecta aplicación de la obligación relativa al Principio de No Devolución dentro de la política migratoria de Estados Unidos.

El Principio de No Devolución se encuentra previsto en la Convención de 1951 como pieza fundamental del derecho de refugio y de asilo²². Este principio señala que los solicitantes de asilo deben ser protegidos contra su devolución a lugares donde su vida o libertad puedan estar amenazadas hasta tanto se compruebe que tales amenazas ya no exis-

esté representado en una corte es el factor que más afecta el resultado del proceso, y concluyó que quien tiene representación legal tiene 45.6% de probabilidad de ganar su caso, mientras que aquellos que carecen de la misma solo 16.3% (Ramji-Nogales, Schoenholtz & Schrag, 2007).

²⁰ Legomsky (2005, p. 1087) agrega que también se ha criticado la suficiencia de los intérpretes del Gobierno en los procedimientos ante jueces de inmigración.

²¹ UN High Commissioner for Refugees (2010, pp. 4 -5).

²² El numeral 1 del artículo 33 de la Convención consagra el Principio de No Devolución en los siguientes términos: "1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".

ten. De acuerdo con la Convención de 1951, el estatus de refugiado es requisito *sine qua non* para obtener asilo, por lo tanto, todo refugiado puede solicitar asilo, y todo solicitante de asilo se presume tiene el estatus de refugiado, salvo que se determine otra cosa.

Con respecto a este tema, Estados Unidos ha planteado como política impedir el acceso a su territorio a aquellas personas que buscan refugio, y particularmente de aquellos que lo hacen por vía marítima, quienes son interceptados en alta mar y devueltos a sus países de origen, evitando así que puedan solicitar asilo apropiadamente. Para respaldar su política, Estados Unidos argumenta que el Principio de No Devolución no es obligatorio para los Estados fuera de su propio territorio nacional, y por tanto, un gobierno puede devolver a los refugiados directamente a la persecución si ellos no alcanzan a llegar a sus fronteras. El caso más dicente sobre la aplicación de esta política es el de los haitianos que buscan refugio en Estados Unidos por vía marítima. Para esa situación particular, el presidente George Bush a través de la orden ejecutiva 12.807 de 1992 les ordenó a los guardacostas repatriar a todos los haitianos indocumentados interceptados en alta mar²³, sin primero determinar si calificaban o no como refugiados. Esta situación fue objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Sale v. Haitian Centers Council* 509 U.S. 155(1993), la cual determinó que tal repatriación forzada autorizada solo más allá del mar territorial de Estados Unidos no vulneraba la sección 243(h) (1)²⁴ de la Ley de Inmigración y Naturalización ni el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Para la Corte, no puede considerarse que el artículo 33(1) de la Convención tiene aplicación extraterritorial. Razona la Corte que cuando el artículo 33 señala que no puede expulsarse a un refugiado, se está refiriendo a “un refugiado que ya ha sido admitido en un país” y que el término

²³ Trevisanut (2008).

²⁴ La sección 243(h)(1) del INA señala que “The Attorney General shall not deport or return any alien (other than an alien described in section 1251(a)(4)(D) of this title) to a country if the Attorney General determines that such alien’s life or freedom would be threatened in such country on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion”. 8 U. S. C. § 1253(h) (1) (1988 ed., Supp. IV).

“devolver” se refiere a “refugiados que ya están dentro del territorio pero que todavía no están residenciados en un país”, por lo tanto, la intención del Protocolo no fue gobernar la conducta de los Estados signatarios fuera de sus fronteras nacionales²⁵. Concluye la Corte que si del texto del artículo 33 no puede leerse razonablemente nada acerca de las acciones de las naciones hacia extranjeros fuera de sus propios territorios, entonces no prohíbe tales acciones²⁶.

Al respecto la ACNUR ha establecido que la correcta interpretación del artículo 33 de la Convención de 1951 no puede ser otra que la obligación de no devolver a refugiados o solicitantes de asilo a un país en el que pueden sufrir persecución o peligros, y que esta obligación aplica donde sea que un Estado ejerza jurisdicción, incluyendo las fronteras, mar o en el territorio de otro Estado²⁷. Esta posición es compartida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su reporte n° 51/96 sobre el mismo caso de los haitianos al señalar que el artículo 33 “no tiene limitaciones geográficas”²⁸. Por ende, este tipo de políticas adoptadas por el Gobierno de Estados Unidos es inconsistente con el objeto y propósito de la Convención de 1951 y su Protocolo, y con el derecho internacional de los refugiados en general.

1.2 Detención de solicitantes de asilo

La detención de solicitantes de asilo en centros reclusorios o cárceles es otra de las falencias que presenta la política de asilo norteamericana²⁹.

²⁵ *Sale v. Haitian Center Council* (1993, p.182).

²⁶ *Sale v. Haitian Center Council* (1993, pp. 182 - 183): “The drafters of the Convention and the parties to the Protocol –like the drafters of § 243(h)– may not have contemplated that any nation would gather fleeing refugees and return them to the one country they had desperately sought to escape; such actions may even violate the spirit of Article 33; but a treaty cannot impose un contemplated extraterritorial obligations on those who ratify it through no more than its general humanitarian intent. Because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation’s actions toward aliens outside its own territory, it does not prohibit such actions”. (Así reza el texto original).

²⁷ UN High Commissioner for Refugees (2007, p. 12).

²⁸ Inter-American Commission on Human Rights (IACHR, 1997).

²⁹ Amnesty International (2010) señala que en Estados Unidos miles de inmigrantes, incluyendo

El INA le da al DHS la autoridad para detener a los extranjeros que están pendientes de decisión en sus procesos de deportación. De acuerdo con la ACNUR, cerca de 380 000 personas son detenidas para ser deportadas en centros o cárceles en lugares remotos en Estados Unidos, y de esas 380 000 personas, 8000 son peticionarios de asilo o refugio³⁰. Al respecto, el EOIR reporta en sus estadísticas que entre 2006 a 2010 se tramitaron ante los jueces de inmigración entre un 30 a 44% de casos de extranjeros detenidos en centros de procesamiento del DHS, cárceles estatales y locales, entre otras.

Immigration Court (Proceedings) Completions			
	Proceeding Completed for Detained Aliens (Including IHP)		
	Proceedings for Detained Aliens	Total Proceedings Completed	Percent Detained
FY 06	95,783	324,040	30%
FY 07	115,816	273,468	42%
FY 08	134,416	281,216	48%
FY 09	144,970	290,435	50%
FY 10	125,580	287,207	44%

Fuente: Executive Office for Immigration Review (EOIR) of the U.S. Department of Justice (DOJ).

Se cuestiona la legalidad de estas prácticas en relación con lo señalado por el artículo 26³¹ de la Convención de 1951, relativo a la libertad de movimiento de los refugiados, y con el artículo 31³², que prevé la

solicitudes de asilo, son detenidos en violación de los estándares internacionales y muchos lo están bajo condiciones extremas con acceso inadecuado a cuidados médicos y asistencia legal. "Tens of thousands of migrants, including asylum-seekers, were routinely detained, in violation of international standards. Many were held in harsh conditions and had inadequate access to health care, exercise and legal assistance". (Así reza el texto original).

³⁰ UN High Commissioner for Refugees (2010, p. 2).

³¹ El Art. 26 de la Convención consagra que "Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general".

³² El Art. 31 de la Convención señala: "1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente

prohibición de imponer penas por entrar ilegalmente a un país en ciertas circunstancias (Legomsky, 2005, p. 941).

Al respecto, la CIDH ha manifestado con preocupación que la aplicación de las normas migratorias de Estados Unidos impulsan que ese país

(...) recurra cada vez con más frecuencia a la detención de inmigrantes, a pesar de que en muchos casos la privación de la libertad no resulta necesaria ni apropiada de conformidad con los estándares internacionales sobre el derecho a la libertad personal. En efecto, el uso de la detención para migrantes por parte del ICE (Immigration and Customs Enforcement Bureau) casi se ha duplicado durante la última década, pasando de aproximadamente 209 000 en el año fiscal 2001 a 378 582 en el año fiscal 2008³³.

Y respecto a los solicitantes de asilo señala que aproximadamente 1400 de estas personas “que no han cometido delito alguno se encuentran diariamente en detención en Estados Unidos” y que “la aplicación generalizada de la detención a solicitantes de asilo no resulta compatible con el derecho a la libertad personal”³⁴.

Otra situación que se presenta es la relacionada con los menores solicitantes de asilo que no se encuentran acompañados por sus padres o tutores. De acuerdo con Legomsky (2005, p. 1087), en 2003, 5000 menores no acompañados fueron detenidos. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010, párrafo 372) señala que la “CBP (Customs and Border Protection) detiene anualmente a apro-

del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales (...) 2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país”.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010, párrafo 101).

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010, párrafo 104).

ximadamente 90 000 niñas y niños no acompañados, de los cuales aproximadamente 8300 son puestos bajo el cuidado la Oficina para el Reasentamiento de Refugiados (ORR por sus siglas en inglés).” Respecto a la situación de estos menores, los problemas residen en que son sometidos a procesos de deportación ante las cortes de inmigración, y aunque muchos de esos menores poseen un miedo bien fundado de persecución en sus países de origen y reúnen los requisitos para solicitar válidamente asilo, cuando estos niños y niñas solicitan asilo o se encuentran en medio de un proceso de deportación, no se les ofrece ayuda legal, es decir, no se les proporciona un abogado en forma gratuita que pueda presentar su caso, lo que dificulta enormemente sus posibilidades de conseguir asilo y permanecer válidamente en el país, lo cual afecta su seguridad y los priva de conseguir la protección humanitaria que requieren en atención a sus intereses³⁵. De igual forma, la CIDH ha denunciado que los menores son “ubicados de manera inapropiada en instalaciones de seguridad” y que su “detención conlleva profundos impactos físicos y psicológicos”³⁶.

2. POLÍTICA MIGRATORIA EN COLOMBIA

Colombia es uno de los países que maneja un considerable flujo migratorio³⁷, el cual se dirige principalmente hacia Estados Unidos y la Unión Europea³⁸; numerosos estudios se han encargado de interpretar los diferentes antecedentes, así como las causas que motivan la emigración de la población colombiana a los diferentes países, sin embargo,

³⁵ Al respecto: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010), párrafo 378 y siguientes. UN High Commissioner for Refugees (2010, pp. 3 y 4).

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010), párrafo 104.

³⁷ Entiéndase por “migración”: “Todo movimiento territorial que conlleva un cambio de residencia habitual de las personas, traspasando límites geográficos definidos, y que tiene una permanencia continua en el lugar de destino donde se instala su nueva residencia habitual. La migración es internacional cuando los límites que se traspasan son los de un país; e interna, cuando solo se traspasan los límites de las divisiones político-administrativas internas (departamentales, municipales) de un país. (Departamento Nacional de Estadística, DANE, 2005).

³⁸ En 2005, el 2.8% de los hogares colombianos tenían experiencia migratoria internacional; del total, el 34.6% está en Estados Unidos, el 23% en España y 20% en Venezuela (DANE, 2005).

el objeto de esta investigación está enmarcado hacia el análisis de cómo las políticas migratorias de estos países, que en principio son planteadas como alternativas para controlar los flujos migratorios y para proteger en condiciones dignas a los extranjeros que se encuentran en su territorio, terminan generando conflictos porque no se plantea la elaboración de políticas en doble vía, esto es, teniendo programas de incorporación de esa población que regresa a su Estado de origen.

En este sentido, se debe analizar cómo en el caso colombiano la política migratoria ha variado teniendo en cuenta distintos fenómenos inherentes a nuestra realidad nacional³⁹, los cuales encauzaron la emigración de nacionales hacia diferentes destinos, siendo los principales factores que promueven la emigración los relacionados con las “competencias ciudadanas, el transnacionalismo, las remesas, la transferencia de conocimientos, el multiculturalismo, las contribuciones económicas a los países de acogida, los mejores ingresos, el mayor acceso a la salud y a la educación, y las mejores oportunidades”, sin embargo, esto puede convertirse en un fenómeno negativo que se vería reflejado en “pérdida del capital humano, la migración irregular, las tensiones sociales y el impacto en los mercados laborales” (Perilla, 2011).

Por tanto, la política migratoria en Colombia ha evolucionado a partir de los años 90, especialmente con la expedición de la Constitución de 1991⁴⁰, que goza de un carácter aperturista, neoliberal y promotor de la

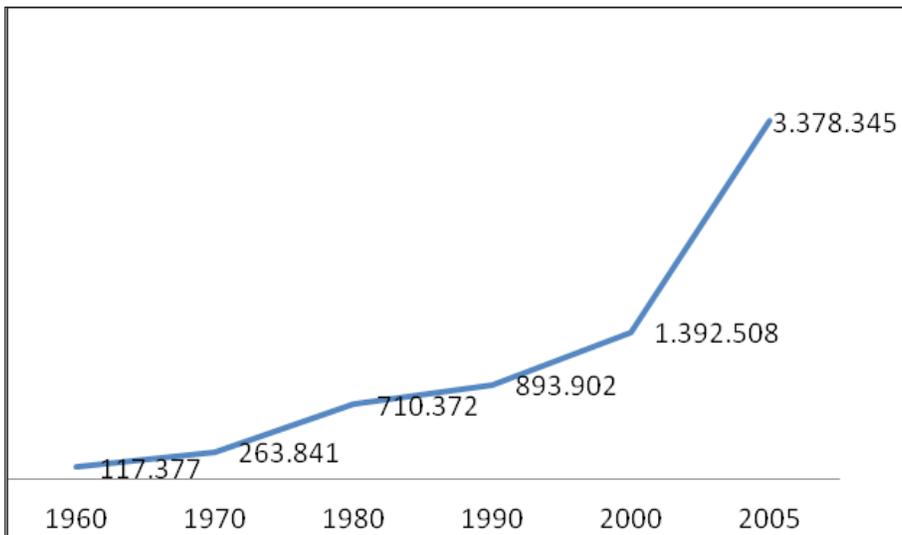
³⁹ Fenómenos que han estado ligado a aspectos económicos, políticos, sociales además del impacto que genera la violencia en el país, que es el factor determinante para solicitar asilo y refugio en un país extranjero. En este sentido, cabe destacarse cómo la migración internacional en Colombia se disparó en la década de los 90, cuando se inicia una apertura y una mayor dinámica hacia las relaciones internacionales; esto, en parte, por la dinámica que se produjo con la apertura económica (Mora, 2009). Entre los factores familiares se encuentra la conformación de familias transnacionales producto de padres migrantes. Para mayor información consultar López Montaña (2009).

Por otro lado, en Colombia se presentaron tres grandes olas migratorias: la primera en los años sesenta, la cual se dirigía hacia Estados Unidos; la segunda en los ochenta, dirigida hacia Venezuela; la tercera, en los noventa, que tenía como destino a España (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2005).

⁴⁰ Para consolidar el carácter aperturista de la Constitución deben implementarse ciertas medidas tendientes a la internacionalización de la economía, a la reestructuración y modernización

integración, especialmente en Latinoamérica y el Caribe. Así las cosas, la política exterior debió modificarse en ese sentido, sin embargo, en materia específica de control de flujos migratorios, Colombia se centro en la elaboración de leyes que permitieran el ingreso de extranjeros inversionistas de cara a la necesidad de impulsar la inversión extranjera en el país.

Evolución del total de emigrantes colombianos 1960 - 2005



Fuente: Banco de datos CELADE y censos de población del DANE.

En este sentido, el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 y ahora el 2010-2014 señalan de manera expresa que la política exterior colombiana no puede centrarse únicamente en aspectos económicos, sino que requiere de otras dimensiones, como las políticas migratoria y am-

del aparato productivo, así como del talento humano que permita motivar el ingreso del personal extranjero con capacidad científica, técnica, administrativa que apoye el desarrollo de diversos sectores (Fernández Giraldo, 2004).

bientales, entre otras, para consolidar una política integral. Por tanto, se consideró como conveniente impulsar la política migratoria y el servicio consular, otorgándole una estructura institucional a partir de la participación de 11 entidades⁴¹ del Estado con el fin de trazar una política de cara a la atención del migrante colombiano y su familia y, sobre todo, a la búsqueda y actualización de información de los mismos para poder brindarles una atención oportuna.

2.1 Marco legal sobre migración internacional en Colombia

Para revisar la normatividad sobre migraciones en Colombia es necesario conocer las diferentes normas, tanto internacionales como nacionales, que regulan la migración internacional. Por tanto, debemos acudir a los tratados o acuerdos internacionales que se han suscritos con Colombia; para el caso de la Unión Europea haremos énfasis en los suscritos con España, por ser el principal receptor de migración colombiana en el continente europeo.

Colombia, en virtud de la redefinición de la política migratoria española, le solicitó a este Gobierno firmar un acuerdo similar al que había firmado Ecuador, en el que se establecía la posibilidad de que tenían los extranjeros de regresar o retornar a su país de origen con ayuda monetaria española; básicamente se estaba reorientando la política a evitar que la cultura de la inmigración ilegal hacia España se continuase propagando; esto arrojó como resultado la firma, el 21 de mayo de

⁴¹ A través del Decreto 1239 de 2003 se reconoce la transversalidad del tema migratorio, al crear la Comisión Nacional Intersectorial de Migración, que en su artículo 1 señala como el órgano para la coordinación y orientación en la ejecución de la política migratoria del país. Que estará conformado por el ministro del Interior y de Justicia o su delegado; el ministro de Relaciones Exteriores o su delegado; el ministro de Defensa Nacional o su delegado; el ministro de la Protección Social o su delegado; el ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado; el director del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– o su delegado; el director general del Departamento Nacional de Planeación o su delegado; el director del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –Icfes– o su delegado; el director del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez –Icetex– o su delegado; el director de Asuntos Consulares y Comunidades Colombianas en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2001, del “acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales”, publicado en el BOE del 4 de julio de 2001, que entró en vigor el 21 de mayo del mismo año. El acuerdo en su parte considerativa reafirma el interés que tienen ambos Estados de “regular de una forma ordenada y coordinada los flujos migratorios existentes desde Colombia hacia España, desarrollando para ello lo consagrado en los artículos 12 y 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad entre las dos Partes, hecho en Madrid el 29 de octubre de 1992” (“Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación de los flujos migratorios laborales”, 2001)⁴².

Para la operatividad de este acuerdo se requería por parte del país de origen del inmigrante que se pusieran en marcha unidades especializadas para atender las demandas de los nacionales en cuanto a su capacidad de reintegrarse a su sociedad. En este sentido, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) debía elaborar un plan de acogida a toda la población que optara por ser parte del plan de retorno voluntario, sin embargo, esta función se centró más hacia la conformación de bases de datos, así como en la especialización de mano de obra que quisiese trabajar en el extranjero (Cachón, 2004).

Por otro lado, debemos entender la evolución del impacto del cambio de la política migratoria de Estados Unidos en el caso colombiano. En este sentido, encontramos cómo jugó un papel fundamental en los inicios de los primeros flujos migratorios cuando estaba vigente el Acto de inmigración de 1965, el cual estaba destinado a fomentar una inmigración de naturaleza selectiva. Esta permitió abolir las cuotas de inmigrantes, el número de visas por país de origen, cambió los criterios de elegibilidad de los emigrantes, lo que permitió regularizar la situación de los latinoamericanos en general que hubiesen llegado

⁴² Este acuerdo trata los siguientes temas repartidos en diferentes capítulos: comunicación de las ofertas de empleo, valoración de requisitos profesionales, viaje y acogida de los trabajadores migrantes, derechos y condiciones laborales y sociales de los trabajadores migrantes, disposiciones especiales sobre los trabajadores de temporada, el retorno de los trabajadores migrantes, entre otras.

antes de 1982. Estos beneficios se veían limitados por las sanciones que por primera vez se les imponían a los empleadores que contrataban personas sin permiso para trabajar. Esta política fue evolucionando; debido a lo cual en 1996 se expidió el Acto de Reforma a la Inmigración y Responsabilidad de la Inmigración, que “impuso castigos severos a la inmigración ilegal y expandió la lista de motivos por los cuales podría ser deportada una persona”. Todo lo anterior con el fin de frenar y evitar el crecimiento de inmigración ilegal. Sin embargo, esta política no fue suficiente para impedir la segunda oleada de colombianos que migró a finales de los noventa. Por último, en 2000, los sucesos relacionados con el tráfico de drogas y el ataque a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001 llevaron a que las políticas sobre inmigración se endurecieran (Cárdenas & Mejía, 2006).

En este orden de ideas, Colombia ha suscrito acuerdos internacionales relacionados con temas consulares a partir de la suscripción del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, ratificado por la Ley 17 de 1971, la Convención internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Res. ONU 45/158 de 1990), ratificada por la Ley 146 de 1994.

Respecto de la normatividad interna, hay que diferenciar entre el fenómeno migratorio de extranjeros en el territorio nacional⁴³, es decir, el flujo de inmigrantes en el territorio colombiano, con el de la migración internacional, que es el caso que nos ocupa. Así, las normas que se

⁴³ Para regular la migración dentro del territorio colombiano se han expedido las siguientes normas: Decreto 4000 de 2004, por el cual se dictan disposiciones sobre la expedición de visas, control de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de migración; Resolución n° 0078 de 2005, por medio de la cual se fija el valor de las sanciones económicas que impone el Departamento Administrativo de Seguridad para el cumplimiento de las disposiciones en materia de migración; Decreto 3970 de 2008, por el cual se dictan disposiciones sobre regularización de extranjeros; Decreto 2622 de 2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que modifica y adiciona el Decreto 4000 del 30 de noviembre de 2004 sobre la expedición de visas, control de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de migración; Resolución 4700 de 2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, por la cual se establecen los requisitos para todas y cada una de las clases y categorías de visas contempladas en el Decreto 4000 del 30 de noviembre de 2004, modificado por el Decreto 2622 del 13 de julio de 2009, y se dictan otras disposiciones sobre la expedición de visas.

analizan son las relativas a regular lo relacionado con el tratamiento o con el trámite que requieran los nacionales en el exterior y los programas de política de retorno hacia el territorio colombiano; por tanto, es necesario revisar la Constitución colombiana para entender el marco de referencia en materia de migración, ya que esta regula temas relativos a los principios de las relaciones exteriores, tratamiento de los extranjeros, entre otros⁴⁴.

Así las cosas, encontramos cómo a través de la Ley 76 de 1993 se organiza el marco jurídico para la protección de los colombianos en el exterior. Esta Ley fue modificada por la Ley 991 de 2005, que amplía el ámbito de protección y cubrimiento de los nacionales, la cual pretende lograr que cierto colectivo de inmigrantes quede cobijado con la asistencia de profesionales especializados en brindarles orientación y asesoría legal o social en el evento en que estos lo requieran. Por su parte, dentro de la evolución del desarrollo legislativo encontramos la creación de diferentes programas que pretenden coordinar la ejecución de una política migratoria integral, siendo este el motivo de la creación del programa “Colombia Nos Une”, que a través de sus diferentes ejes de trabajo permite abarcar el apoyo tanto a la comunidad colombiana residente en el exterior como a la población y sus familiares que regresan al país en aras de promover una migración ordenada y regulada⁴⁵. Este programa se desarrolla de cara a la población migrante tanto de Estados Unidos como de España.

De la misma manera, a través de la expedición de la Ley 1441 de 2011 sobre “Acuerdo de Cooperación y Régimen de Privilegios e Inmu-

⁴⁴ Artículos 9, 24, 96, 97, 100, 189, 227, 289, 337 y el Preámbulo.

⁴⁵ Los ejes de trabajo establecidos en el programa “Colombia Nos Une” son: “1. Plan Comunidad en el Exterior, que tiene como objetivo fortalecer la comunidad colombiana en el exterior, y promover las asociaciones y equipos de trabajo que apoyen a los colombianos, en coordinación con los consulados; 2. Adecuación de servicios a los colombianos en el exterior y sus familias en los lugares de origen, en las áreas de pensión, salud, educación y canalización de remesas hacia ahorro e inversión; 3. Promoción de una migración ordenada y regulada; 4. Formulación y coordinación del Plan de Retorno Positivo, que busca apoyar el retorno de nuestros connacionales desde el exterior; 5. Observatorio para la Migración Internacional Colombiana (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2004).

nidades entre la Organización Internacional para las Migraciones y el Gobierno de la República de Colombia”, hecho en Bogotá a los 5 días del mes de mayo de dos mil nueve (2009), pretende, entre otros, crear acuerdos de cooperación técnica en materia migratoria, así como avanzar en el fortalecimiento de la capacidad de respuesta de las instituciones colombianas encargadas de atender a la población vulnerable, como es el caso de los desplazados.

Mediante la Ley 1465 de 2011, el Gobierno continúa con la consolidación de una política integral, a partir de la creación del Sistema Nacional de Migraciones y de la expedición de normas para la protección de los colombianos en el exterior, en la que aborda además temas relacionados con el retorno voluntario, en el que se plantean acciones concretas en materia de educación, salud, empleo y vivienda para la población que opte por regresar al territorio nacional. De esta manera, se espera llenar los vacíos que existían a nivel normativo y de planes concretos que permitiesen garantizar unas condiciones mínimas para los colombianos que se acogiesen a la política de retorno voluntario promovida por países como España y que hasta la fecha no ha tenido una mayor aceptación, entre otras razones, porque en el país de origen no encontraban las garantías suficientes que resultaran atractivas para este colectivo.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta a nivel del marco normativo es que no existen tratados sobre migración suscrito entre Colombia y Estados Unidos; tan es así que en las rondas de negociación en la que se abordó la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre estos países, la migración, así como el otorgamiento de permisos y visas especiales, fue uno de los temas críticos dentro del mismo, al punto que se estableció de manera expresa hacer omisión del tema migratorio, eliminándose por completo este capítulo del contenido definitivo del tratado.

A pesar de lo anterior, Estados Unidos respondió una encuesta elaborada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 2003 sobre migraciones internacionales laborales, que permitió obtener una

información clave sobre el manejo de las políticas migratorias en materia laboral y, de la misma manera, identificar cómo se estaban llevando a cabo estas. Debe tenerse en cuenta que el acuerdo cubre contratación, admisión y empleo de trabajadores migrantes. La protección social se encuentra cubierta por la legislación nacional; estos aspectos cobijan a todos los miembros de la OMC, incluido Colombia abril de 1994 - Modo 4 del AGCS sobre el movimiento de personas físicas proveedores de servicios (Geronimi, Cachón & Texidó, 2004).

2.2 Expectativas del colombiano migrante en el exterior

A nivel legislativo se ha propuesto la creación de un Estatuto de la Ciudadanía Colombiana en el exterior que cuente en su elaboración con la sociedad civil y los demás actores de la realidad nacional para lograr una legitimidad efectiva en su aplicación y que no se convierta en otra norma o documento desconocido para la población colombiana. En este sentido, a través de la elaboración del libro blanco sobre migraciones se trazaron unos parámetros básicos sobre los que debe construirse la propuesta de una política migratoria efectiva y que propenda por resolver las expectativas del nacional en el exterior y a su regreso en su territorio, es decir, a través del diseño de políticas directas e indirectas de reinserción en el país de origen⁴⁶.

⁴⁶ Según el libro blanco, las políticas de retorno: "Deben organizarse coordinando origen y destino para garantizar retornos de fuerte impacto en las zonas expulsoras y como medida que favorezca el desarrollo de estas. b) Deben orientarse como retorno de oportunidad por encima de la vulnerabilidad o como salida al paro y centrarse en el emprendimiento asistido y acompañado. c) Deben incentivar el retorno voluntario y no forzoso. d) Deben permitir la mejora simultánea en el origen y en el destino, vía transferencia de tecnología y creación de nuevos sectores de trabajo. e) Deben ser respaldados por entidades de inmigrantes u organizaciones suficientemente cualificadas y que garanticen la construcción de redes de inmigrantes en el destino y los organicen por localidades y zonas, y que tengan, a su vez, realidad efectiva y trabajo de organización de la comunidad en las zonas expulsoras e incidencia sobre las familias de los migrantes. f) Deben entenderse como un proceso de reintegración, con un proyecto migratorio definido y con un itinerario que conlleva un "antes", donde se vinculan precondiciones de retorno en origen (vivienda, ahorro programado y productivo, condiciones de codesarrollo, mejora de los vínculos familiares y sociales, etc.) y en el destino (aprendizajes y organización para el retorno, asesoramiento al plan de vida, adquisición de habilidades o tecnología para la transferencia al origen, etc.), un "durante", que implica preparación legal y asistencia personal, familiar y social, y un "después", que conlleva acompañamiento, reinserción, integración de

Por otro lado, se espera que los programas existentes, como el “Plan de retorno positivo”, permitan la verdadera reinserción del colombiano, ya que hasta el momento, debido a como se encuentra diseñado, se entiende como una herramienta que arroja soluciones a corto plazo y que no cobija los perfiles de todos los emigrantes.

Dentro de las expectativas del nacional que decide emigrar podemos revisar dos enfoques: por una parte, el apoyo a nivel de las autoridades y de la gestión consular que requieren los nacionales en el exterior y, por otro, del apoyo que requieren cuando retornan a sus respectivos lugares de origen. Como se ha mencionado, se han diseñado políticas y expedido leyes que intentan brindar soluciones integrales a esta población, sin embargo, no son suficientes, porque no logran resolver ni mitigar las causas que motivaron la emigración.

En este sentido, se cuestiona el papel de la Comisión Intersectorial de Migración, creada a partir del Decreto 1239 de 2003, que en principio es la encargada de coordinar y orientar la ejecución de la política migratoria, la cual es clave para promover el desarrollo en el país; sin embargo, a pesar de esto, parece que en Colombia la política carece de objetivos claros, así como de valores éticos, que impiden que sea considerada como una política coherente.

En el caso concreto del nivel educativo, encontramos que los migrantes colombianos tienen un nivel educativo mayor que el resto de latino-

actores en destino, etc. g) Deben orientarse en coordinación con los programas de prevención de la migración desordenada, migración temporal y circular y de codesarrollo. h) Deben ser acompañados, al menos en diversos aspectos: 1.- En lo emocional y personal 2.- En lo familiar y social 3.- En lo económico y ciudadano 4.- En cuanto al emprendimiento y transferencia de experticias y tecnologías 5.- En cuanto a la inversión en las zonas expulsoras, acceso al crédito y codesarrollo. H) Deben vincular para su efectividad diversos programas asociados al retorno, que lo facilitan, que lo acompañan o que lo potencian: 1) Programa de vivienda familiar vinculada al ahorro programado, las remesas productivas o la capitalización de prestaciones sociales. 2) Programas de remesas productivas o vinculadas a la educación familiar como medida de prevención de la migración desordenada. 3) Programas de microcréditos o de aval para emprendimiento o adquisición de bienes familiares. 4) Programas de capacitación, formación y mejora de la empleabilidad. 5) Programas de codesarrollo y de desarrollo local sostenible” (Carmen Bermúdez (ASOCASCOL), Serge G. Laurens (AELA), Juan Carlos Rois (AESCO), Yolanda Villavicencio, 2008).

americanos, incluso al punto de considerarse en Colombia que existía un fenómeno denominado “fuga de cerebros”⁴⁷, el cual hacía referencia a la situación de los colombianos con educación superior que salían del país buscando otros destinos donde pudiesen obtener un mayor ingreso con base en sus competencias y habilidades educativas, pero la realidad era otra: se encontraban que en la mayoría de países de destino no existían políticas claras de homologación internacional de títulos extranjeros, ni existían convenios de homologación entre los gobiernos para facilitar la inserción de esta población inmigrante que ofrece una mano de obra calificada (Mora, 2009).

Por tanto, queda pendiente la consolidación de una política migratoria que abarque un sistema de seguimiento de los nacionales que se encuentran en el exterior y que pueden encontrarse en situación de irregularidad y que tienen una garantía de derechos limitadas, sobre todo en los países en que aplican una política migratoria de carácter coercitivo. Asimismo, estas políticas deben tener dentro del país un fuerte enfoque destinado a la generación de empleo⁴⁸ y a la consecución del mismo en condiciones óptimas para el colombiano que retorna (Ramírez, Zuluaga & Perilla, 2010).

A pesar de que a la fecha no existen acuerdos suscritos en materia migratoria con Estados Unidos, se ha avanzado en celebrar las primeras negociaciones para que se reconozca el tiempo laborado a los colom-

⁴⁷ Sin embargo, algunos autores apuntan a que no existe tal fuga de cerebros, y que en el evento que se presentase, las cifras no son representativas como para impactar negativamente dentro de la estructura de la mano de obra calificada en Colombia. Esta situación la reafirma Gaviria (2004) cuando afirma que la evidencia sugiere que la pérdida de capital humano asociada con la emigración hacia Estados Unidos no ha alcanzado niveles significativos, y que seguramente se verá atenuada por la recuperación económica. Así, cualquier intento por frenar una supuesta fuga masiva de cerebros, a través de un impuesto a las remesas u otro mecanismo similar, no tendría justificación y podría llegar a ser contraproducente. Entre otras cosas, la emigración aumenta los retornos a la educación (en al menos un punto porcentual) e incrementa, por esta vía, la demanda por educación.

⁴⁸ Debe tenerse en cuenta que el empleo es la principal expectativa que motiva a un colombiano a emigrar del país, por lo que las remesas cumplen un papel fundamental. Para mayor información revisar Cárdenas y Mejía (2006).

bianos y que ese tiempo se pueda cotizar para una futura pensión en Colombia, y de esta manera se pueda cumplir con esa expectativa del colombiano medio que lleva años residiendo o trabajando de manera legal en ese país. En este sentido, a través del programa “Colombia Nos Une” se ha logrado que los colombianos en Estados Unidos puedan hacer aportes a pensión a través de una consignación directa al ISS.

CONCLUSIONES

Las políticas de inmigración deben analizarse teniendo en cuenta los tres ejes principales sobre los cuales se fundamenta, es decir, el control que se ejerce por parte de las autoridades, haciendo referencia a la capacidad de recepción de estos flujos, ya que ninguna sociedad puede afirmar que tiene un capacidad ilimitada de acogida de inmigrantes; otro aspecto tiene que ver con la capacidad de integración que tienen estos extranjeros que llegan a un país y la necesidad del Estado de intentar su adaptación una vez se encuentren en situación de regularidad, y por último, la obligación de los Estados receptores de contribuir a través de la cooperación internacional a eliminar las causas que dieron origen a la salida de sus nacionales (De Lucas, 2003).

A nivel de las políticas migratorias de la Unión Europea encontramos que la política obedece más a intereses gubernamentales que a un estudio profundo de la realidad de esos flujos migratorios, es decir, no cubre la realidad del migrante y, por tanto, la necesidad de coordinar las herramientas que permitan ofrecer las garantías a estos inmigrantes y que estas vayan de la mano del país de origen. En ambos casos, es decir tanto en la Unión Europea, específicamente en el caso español, y en Estados Unidos se termina vulnerando los derechos humanos de esta población que se encuentra completamente desprotegida; lo cual al final termina generando una serie de conflictos de diversa índole, sobre todo a nivel jurídico, económico y social.

Respecto a la política migratoria norteamericana, podemos concluir entonces que a pesar de que Estados Unidos se ha constituido en uno de los mayores receptores de refugiados en el mundo, su política

migratoria referente a los derechos de los refugiados, y en particular al derecho de asilo, es inconsistente en diversos aspectos con los estándares internacionales en la materia, teniendo en cuenta que se niega a adoptar las interpretaciones internacionales sobre la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 en lo que respecta al concepto de refugiado y a la aplicación del Principio de No Devolución, así como las prácticas que sus distintas autoridades administrativas y judiciales han puesto en movimiento para restringir en forma desconcertante las posibilidades de protección humanitaria a la que tienen derecho los refugiados en la comunidad internacional.

REFERENCIAS

- Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación de los flujos migratorios laborales (de mayo de 2001).
- Aguilera-Enriquez v. INS, 516 F.2d 565 (6th Cir.) (1975).
- Amnesty International (2010). *United States Of America - Amnesty International Report 2010*. Recuperado de <http://www.amnesty.org/en/region/usa/report-2010>
- Brief of the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae, Rivera-Barrientos v. Holder, Jr., 10-9527 (10th Cir. 2011) (18 de agosto de 2010).
- Cachón, L. (2004). *Los acuerdos bilaterales celebrados por España con Ecuador y Colombia*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Programa de Migraciones Internacionales.
- Camacho, G. (2010). *Mujeres migrantes. Trayectoria laboral y perspectiva de desarrollo humano*. Buenos Aires: Clacso.
- Cárdenas, M. & Mejía, C. (2006, septiembre). *Migraciones Internacionales en Colombia ¿Qué sabemos?* Recuperado de 2012 de www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2009/02989.pdf Similares
- Bermúdez, B. (ASOCASCOL), Laurens, S. G. (AELA), Rois, J. C. (AESCO) & Villavicencio, Y. (2008). *Libro blanco sobre políticas migratorias para Colombia*. Bogotá: ASOCASCOL.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*. Recuperado de <http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Cap.IV.a.htm>.
- Convención sobre el Estatus de los Refugiados (1951).

- De Lucas, J. (2003). Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado. En Remiro Brotóns, A. & Marínez Capdevila, C., *Movimientos migratorios y Derecho* (pp. 23-53). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Demiraj v. Holder, 631 F. 3d. 194 (5th Cir.) (2011).
- Departamento Nacional de Estadística [DANE]. (2005). *Departamento Nacional de Estadística - DANE*. Recuperado de Libro de Censo General 2005: <http://www.dane.gov.co/censo/>
- El Colombiano (2011, 28 de diciembre). Estados Unidos estrena en el 2012 leyes de inmigración.
- Fernández Giraldo, G. (2004). Colombia y la migración laboral internacional. En Andebeng Alingué, M., *Migraciones internacionales: un mundo en movimiento bondades y retos de las migraciones* (pp. 289-299). Barranquilla (Colombia): Universidad del Norte.
- Fletcher, G. P. (2006). *American Law in a Global Context The Basics*. New York: Oxford University Press.
- Gaviria, A. (2004). Visa USA: Fortunas y extravíos de los emigrantes colombianos en los Estados Unidos. *Colombia Internacional*, 48-72.
- Geronimi, E., Cachón, L. & Texidó, E. (2004, marzo). *Oficina Internacional del Trabajo*. Recuperado el 27 de febrero de 2012 de <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp66s.pdf>
- Immigration and Naturalization Act of 1952 § 101(a)(42).
- Insignares Cera, S. (2011). *El proceso de integración europeo: entre lo supranacional y lo intergubernamental*. Barranquilla: Editorial de la Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibáñez.
- Inter-American Commission on Human Rights [IACHR] (1997). *The Haitian Centre For Human Rights et al v. United States, Case 10.675*. Report n° 51/96.
- Legomsky, S. H. (2004). *Migraciones Internacionales: un mundo en movimiento* (Alingué, M. A., Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Legomsky, S. H. (2005). *Immigration and Refugee Law and Policy* (4ª ed.). New York: Foundation Press.
- López Montaña, L. M. (2009). *Familias transnacionales: oportunidad y cambio en contexto migratorio*. Bogotá: Códice.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (2004). *Programa "Colombia Nos Une"*. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (2005). *Ministerio de Relaciones Exteriores*. Recuperado el 5 de noviembre de 2011 de <http://www.cancilleria.gov.co/colombia/migration>
- Mora, V. (2009). Del vacío a la incongruencia: políticas de migración en Colombia. *Migrante*, 1-19.

- Perilla, C. (2011). Migración y desarrollo humano en Colombia. En Said Hung, E., *Migración, desarrollo humano e internacionalización* (pp. 7- 20). Barranquilla: Editorial de la Universidad del Norte.
- Ramírez, C., Zuluaga, M. & Perilla, C. (2010). *Perfil migratorio de Colombia*. Bogotá: Organización Internacional para las Migraciones.
- Ramji-Nogales, J., Schoenholtz, A. & Schrag, P. G. (2007). Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication. *Stanford Law Review*, vol. 60, 2008; *Temple University Legal Studies Research Paper*, n° 2007-12. Recuperado el 29 de febrero de 2012 de <http://ssrn.com/abstract=983946>
- Sale v. Haitian Center Council, 509 U.S. 155 (1993).
- Šebesta, J. K. (2010, 12 de marzo). *e.law.cz*. Recuperado el 18 de octubre de 2011 de <http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/322-the-principle-of-non-refoulement-what-is-its-standing-in-international-law.html>
- Torres v. Mukasey, 551 F.3d 616 (7th Cir.) (2008).
- Trevisanut, S. (2008). *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*. (1. 2.-2. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Ed.). Recuperado de http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/05_trevisanut_12.pdf
- U.S. Department of Homeland Security (2011, mayo). *Annual Flow Report. Refugees and Asylees: 2010*. Recuperado de http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_rfa_fr_2010.pdf
- U.S. Department of Justice. Executive Office for Immigration Review (2011, enero). *FY 2010 Statistical Year Book*. Recuperado de <http://www.justice.gov/eoir/statpub/fy10syb.pdf>
- UN High Commissioner for Refugees (2007). *Advisory Opinion on the Extra-territorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007. Recuperado de <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45f17a1a4.html>
- UN High Commissioner for Refugees (2010). *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees for the Office of the High Commissioner for Human Rights Compilation Report Universal Periodic Review: United States of America, April 2010*. Recuperado de <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bcd741c2.html>
- Wasem, R. E. (2005, 5 de mayo). *U.S. Immigration Policy on Asylum Seekers*. Recuperado de <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL32621.pdf>