

*El sistema colombiano de migraciones a la luz del derecho internacional de los derechos humanos: la Ley 1465 de 2011 y sus antecedentes normativos**

María Teresa Palacios Sanabria**

Recibido: febrero 6 de 2012

Aprobado: abril 30 de 2012

Resumen

En la actualidad la migración internacional de personas es una temática que compete a todos los Estados, toda vez que muchos de ellos se comportan como Estados de origen de migrantes, y otros tantos se caracterizan por ser Estados de destino o acogida, algunos de tránsito. En razón a esto, ha sido necesario que el flujo de migrantes y sobre todo el reconocimiento de los derechos tanto de los emigrantes como de los inmigrantes sean incluidos en los ordenamientos internos de los Estados, teniendo en consideración los estándares internacionales establecidos por gran cantidad de instrumentos. El Estado colombiano, a lo largo de su historia, no ha contemplado el tratamiento de esta realidad humana, y sus escasas normas en este sentido dan cuenta de dicha situación. No obstante, la importancia del tema se ha ido visibilizando progresivamente y recientemente, el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 1465 de 2011, la cual tiene como propósito sentar las bases para la creación del Sistema Nacional de Migraciones. En el presente artículo se busca reflexionar sobre la pertinencia de esta ley a la luz de ciertos principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: migración internacional, Ley 1465 de 2011, derechos de los migrantes, política pública.

* El presente artículo es resultado de la investigación desarrollada en el marco de la tesis doctoral (aún no defendida) titulada: *La vida digna en el contexto de la inmigración: los trabajadores migratorios*, inscrita y aprobada en el Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla España. Dichos estudios fueron financiados por la Fundación Carolina-España por ser beneficiaria de beca doctoral.

** Profesora de Carrera de la Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario, Perteneciente al Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia, línea de investigación políticas públicas y derechos humanos. Abogada de la Universidad del Rosario, Especialista en Derechos Humanos de la ESAP, Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla-España, Candidata a doctora en Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla-España, dirección de correo: maria.palacios@uro-sario.edu.co

The Colombian Migration System in the Light of Human Rights International Law: Law 1465, 2011 and its Prior Norms

Abstract

Currently, international migrations are an important topic for all States, since many of them are migrants' countries of origin, and many other states are characterized for being countries of destination or transit. Consequently, it has been necessary that the flow of migrants and especially the recognition of the rights of both immigrants and migrants are included in the domestic legislation of the States, taking into account the international standards set forth by international instruments. The Colombian State along its history has not considered the treatment of this human reality, and the few laws in this topic are a proof of it. However, the importance of this issue has become gradually visible and recently the Congress approved Law 1465/2011, which aims to lay the grounds for the creation of the National Migration System. The objective of this article is to analyze the relevance of this law guided by certain basic principles of the Human Rights International Law.

Key words: International migration, Law 1465/2011 law, rights of migrants, public policy.

Introducción

La migración internacional es una realidad para la mayor parte de los Estados en la sociedad actual, pues muchos de ellos pueden estar en la posición de ser Estados de origen, otros tantos, de tránsito, y otros, de acogida, de quienes cruzan una frontera internacional como consecuencia de los procesos de globalización, de los desastres naturales, o simplemente de quienes deciden abandonar sus países para establecerse en otros diferentes al de su nacionalidad.

Según la Organización Internacional para las Migraciones –en adelante OIM– la migración contemporánea “(...) es un proceso complejo, por consiguiente, su enfoque (...) a escala mundial tiene en cuenta la relación entre la migración y las cuestiones políticas, sociales y económicas contemporáneas, con el fin de maximizar los beneficios y los aportes de los migrantes a la sociedad” (OIM, 2011, p. XXI). Lo anterior exige que los Estados deban adoptar un diseño eficiente de política para gestionar adecuadamente la migración, no solo por lo que esto comporta para los Estados en los niveles económico y político, sino por los altos costos sociales y humanos que supone, toda vez, que no puede olvidarse que los protagonistas del fenómeno son personas titulares de derechos humanos.

El Estado colombiano no es ajeno a esta realidad y si bien no puede ser calificado como un país de destino o acogida de altos flujos migratorios, sí lo es de origen, y los pequeños ingresos de extranjeros, que por cierto en los últimos años han ido en aumento, tal y como lo demuestran los procesos de regularización adelantados por el Estado, y reflejados en la presentación ante el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (República de Colombia, 2009, 20 de abril, p. 6), exigen la existencia de normas que se ajusten a los tratados internacionales de protección de derechos humanos soberanamente ratificados.

En este orden de ideas, cobra importancia el análisis de la reciente Ley 1465 de 2011 según la cual, se busca dar creación a lo que ha sido llamado por esta norma, el Sistema Integral de Migraciones –en adelante SNM– (República de Colombia, 2011).

En este artículo se formula un análisis de las disposiciones de la Ley de acuerdo con los estándares internacionales establecidos por los tratados en los que Colombia es parte, y se presentan propuestas sobre lo que puede ser considerado una “buena práctica” en materia de migración internacional con enfoque en derechos humanos, según un informe de Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes (OIM, 2010, 3 de agosto).

La metodología empleada en la investigación que enmarca este artículo fue la analítica o deductiva con tendencia propositiva, toda vez, que a partir del entendimiento del alcance de ciertos estándares internacionales dispuestos en los instrumentos se realiza una valoración de la Ley 1465 (República de Colombia, 2011) y se confronta su pertinencia. De otra parte, se reflexiona sobre la tendencia adoptada por el Estado colombiano en los últimos años y la relevancia de la política migratoria con enfoque en derechos humanos, con miras a evidenciar si ha existido un desarrollo progresivo de dicha temática, y a partir de allí, se formulan una serie de propuestas tendentes a mejorar la normativa existente en lo que se refiere a política migratoria colombiana¹.

1. Breve caracterización de la migración colombiana

La migración puede ser entendida como “(...) un fenómeno humano y demográfico de gran trascendencia para el orden social, económico,

¹ Debe tenerse presente que la metodología de investigación empleada es la propuesta y aprobada en el proyecto de tesis doctoral autorizado por el Comité de doctorados de la Universidad de Sevilla, el 29 de junio de 2009.

cultural y político de un país”, (Varona, 1993, p. 21), tal y como lo señala el profesor Gros, este es “(...) complejo y múltiple, e implica y comprende elementos individuales y colectivos, que responden y son la consecuencia de diversas causas que se suman y entremezclan en distinta intensidad, y elementos según los diferentes momentos históricos y los diversos lugares geográficos y situaciones en que ocurre” (Gros 2007, p. 36). Esta es tan solo una de las definiciones a partir de las cuales puede entenderse la migración, entre otras tantas que nos ofrece la doctrina de las distintas disciplinas que estudian este tema².

Aquel fenómeno humano al que hacen referencia los profesores Varona (1993), Gros, (2007, p. 39), Chueca y Ágüelo (2005, p. 124) Bonet (2008, p. 734), De Lucas (1994, pp. 117-18), Ferrajoli (1999, pp. 117-180), Varlez (1929, p. 172) entre otros tantos, es una responsabilidad compartida tanto de los Estados de origen, como de los Estados de acogida, destino o de empleo, según el caso³, pues de acuerdo con lo sostenido por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes “la gestión de la inmigración es una responsabilidad compartida que involucra tanto la responsabilidad moral como jurídica de los Estados en elaborar y poner en práctica un enfoque de esta realidad basado en los derechos humanos, y en la gobernanza (...)” (OIM, 2010, 3 de agosto, párr. 22).

² Debe mencionarse que dada la complejidad de la realidad migratoria son muchas las disciplinas que abordan un estudio sobre el particular entre ellas la sociología, la antropología, la geografía, el derecho. Asimismo esta última disciplina puede abordar la temática desde sus diferentes ramas; Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Penal, entre otras.

³ Conviene aclarar que si bien los términos Estado de destino, de empleo, o de acogida son expresiones sinónimas, no sobra realizar precisiones conceptuales y aclarar que por Estado de destino puede entenderse el país al que se dirige la persona, sin que esto implique que necesariamente ingresa con el consentimiento del Estado, es decir es el lugar al que ingresa un individuo en situación jurídica de irregularidad o indocumentada. De otra parte, el Estado receptor o de acogida podría implicar que la persona ingresó en cumplimiento de las normas de control migratorio, por lo que existe el consentimiento del Estado en recibirlo para que permanezca allí. En todo caso, es frecuente que estos términos se empleen de manera indistinta, sin entrar a aclarar a que supuesto se está haciendo referencia.

Estadísticamente, según cifras reportadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas –en adelante ONU– el número de migrantes internacionales en 2010 se calcula en 214 millones, en comparación con 195 millones en 2005. El 49% del total son mujeres. Seis de cada diez migrantes internacionales –128 millones– residen actualmente en países desarrollados, y la mayoría –74 millones– proceden de países en desarrollo. Aunque la crisis económica ha reducido el ritmo de aumento del número de migrantes internacionales en los países desarrollados, su número total ha seguido aumentando: en 12,8 millones entre 2000 y 2005 y en 10,5 millones entre 2005 y 2010. La reducción del aumento neto en el número de migrantes internacionales en los países desarrollados en estos dos períodos no se produjo en los países en desarrollo, donde el número de migrantes aumentó en 4 millones entre 2000 y 2005 y en 8,2 millones entre 2005 y 2010 (ONU, Secretario General, 2010, 2 de agosto, párr. 3).

Las anteriores cifras divulgadas por la ONU evidencian que si bien, hasta determinado momento la tendencia de la migración iba en aumento, con ocasión de la crisis económica que se agudiza en el año 2008, los flujos de migrantes reorientan sus intereses en los países de destino haciendo que la migración que habitualmente se dirigía a los países más desarrollados dejara de preferir dichos Estados, y se dirigiera a los países en vía de desarrollo.

Por su parte, la OIM registra que en el tema de migración internacional se pueden contar 200 millones de migrantes, es decir, el 3% de la población global mundial, de los cuales 85 millones son migrantes laborales. Una cifra que debe generar gran preocupación es que de esa población total que ha inmigrado a otro Estado, hay entre 30 y 40 millones de migrantes en situación jurídica de irregularidad, lo que significa que esto representa del 15 al 20% del total de los migrantes (OIM, s. f.).

En el escenario colombiano, el total de nuestros nacionales en el exterior asciende a 4'167.388 (OIM, 2008), lo que equivale al 9% de la población colombiana en el país; esto demuestra que en el contexto internacional se tiene un comportamiento de Estado de origen. Si se hace una revisión un poco más exhaustiva de nuestra panorámica migratoria las cifras evidenciarán que la inmigración de colombianos en el exterior se ha incrementado en los últimos 25 años hasta tener hoy la cifra que se registra. En este orden de cosas, los destinos preferidos por los colombianos son Estados Unidos, Panamá, Venezuela, España, Ecuador, entre otros (OIM).

Sobre lo anterior, vale tener en cuenta que no se está tomando en consideración el recorrido histórico migratorio en el Estado colombiano, toda vez que de ser así, tendría que hacerse alusión a las diversas oleadas migratorias, y de acuerdo con ellas, el primer destino de los colombianos entre las décadas de los años 60 y 70, fue la República Bolivariana de Venezuela (OIM, 2008). En la segunda, suscitada en los años 80, también se registra como destino preferido para los colombianos el mencionado Estado, gracias a su auge petrolero, y en la década de los 90 (catalogada como la tercera oleada), se diversifican los destinos y nuestros connacionales se dirigen particularmente hacia España, entre otros países (OIM, 2010, 3 de agosto, p. 12).

Al examinar las fuentes oficiales, se debe acudir al censo llevado a cabo por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –en adelante DANE– (DANE, 2005), en el que se registra como segundo destino más apetecido por los colombianos, Venezuela, aspecto que también fue puesto de manifiesto en el informe presentado por el Gobierno colombiano ante el Comité para los Trabajadores Migratorios (República de Colombia, 2009, 20 de abril, p. 6).

Por su parte, los extranjeros que se encuentran residenciados en nuestro país pertenecen por lo general a los Estados de China, Ecuador, Perú,

Cuba y Argentina, aunque en los últimos años se ha observado un aumento en la migración de personas venezolanas (Revista Semana, 2011, 4 de junio)⁴. Dicha información es la registrada por el gobierno nacional en los procesos de regularización de extranjeros en el país, y fue presentada ante el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (República de Colombia, 2009, 20 de abril, p. 5).

Sobre este mismo aspecto, según reporte de la OIM, se registra en Colombia un total de 109.971 personas extranjeras, las cuales pertenecen principalmente a Venezuela, Ecuador, Estados Unidos y España (República de Colombia, 2009, 20 de abril, p. 6), lo que corresponde al 0,27% del total de la población colombiana (DANE, 2009). Como es evidente, las nacionalidades de los extranjeros que residen en nuestro país no coinciden exactamente con las que fueron reportadas por el gobierno ante el Comité de Trabajadores Migratorios, pese a que el registro de la OIM toma como base lo tabulado en el censo publicado por el DANE en el año 2005 (DANE, 2005).

Sobre esta disparidad respecto de los datos y nacionalidades de los extranjeros radicados en Colombia valdría la pena cuestionarse si esto se debe a que la información presentada en el informe 2009 ante el Comité de Trabajadores Migratorios solamente da cuenta del número de personas regularizadas, en tanto que las otras cifras, es decir, las publicadas por OIM y DANE corresponden a un conteo general de los extranjeros, incluidos los indocumentados, o en situación jurídica de irregularidad.

⁴ Así fue puesto en evidencia en el artículo "Llegaron los venezolanos", publicado el pasado 4 de junio de 2011 por la reconocida Revista Semana, en la que entre las principales causas de la migración venezolana hacia Colombia se identifica la atracción que las personas de esta nacionalidad perciben hacia los sectores petrolero, comercio, industria y farándula. Según el reportaje la ciudad a la que mayoritariamente se dirigen estas personas es a Bogotá, Según el Estudio las cifras del DAS (aún existente para ese momento registraban que el primer éxodo de estas personas se produjo en el año 2005, y ha ido incrementado progresivamente (Revista Semana, 2011, 4 de junio).

2. *Esfuerzos del Estado colombiano en materia de política migratoria*

Antes de entrar a analizar la Ley 1465 de 2011 (República de Colombia, 2011) por la que se da creación al SNM, es imperativo hacer un breve recorrido por las normas que han sido expedidas con la intención de regular los aspectos relacionados con la migración en nuestro país. Desde el año de 1920 Colombia ha mostrado cierta sensibilidad por los flujos de personas tanto que salen del territorio, como aquellos que ingresan (República de Colombia, 1920)⁵; no obstante, no se puede hablar hasta ahora de una verdadera política migratoria que atienda las necesidades no solo de los colombianos que se encuentran radicados en el exterior, sino de los extranjeros que hacen presencia en nuestro país.

Del recorrido histórico de las normas en materia de extranjería, es posible hablar de desarrollos parciales en temas muy concretos, tales como la inmigración y las colonias agrícolas (República de Colombia, 1922), algunas disposiciones sobre naturalización y extranjería (República de Colombia, 1939), creación del Consejo de Migraciones Laborales (República de Colombia, 1983A) y creación e implementación de instrumentos sobre el manejo de política de fronteras (República de Colombia, 1983B). Este primer grupo de disposiciones normativas no se encuentra vigente.

Por otra parte, existe otro grupo de normas un poco más recientes que sí están vigentes, y que se encargan de regular la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores (República de Colombia, 1991A)⁶, normas relativas a la pérdida, renuncia, adquisición y recuperación de nacionalidad (República de Colombia, 1993A), Ley aprobatoria de la Convención Internacional

sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁷ –CTMF– (República de Colombia, 1994), Acuerdo sobre asistencia legal y cooperación judicial entre Colombia y Panamá colaboración y deportación de extranjeros (República de Colombia, 1998A), normas sobre asistencia jurídica consular de colombianos en el exterior (República de Colombia, 1993B)⁸, Acuerdo bilateral entre Colombia y Perú sobre asistencia entre los dos Estados para deportación y expulsión de extranjeros (República de Colombia, 1998B), estatuto migratorio entre Colombia-Ecuador (República de Colombia, 2005A), reglamentación del derecho al voto de los extranjeros en elecciones municipales y distritales (República de Colombia, 2006).

Asimismo, en desarrollo de muchas de estas leyes ha sido expedida una serie de decretos en los que también se han regulado aspectos relacionados con la migración, en asuntos como expedición de visas, documentos de viaje y control de extranjeros (República de Colombia, 1992A)⁹, Comité para el Estudio de repatriación de presos (República de Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1994)¹⁰, creación del Comité Interinstitucional para la Asistencia de Colombianos en el Exterior (República de Colombia, 1995B), reglamentación sobre el pro-

⁷ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas –ONU– en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 (ONU, Asamblea General, 1990).

⁸ Modificada por ley 991 de 2005 (República de Colombia, 2005B), y según la cual se mejoran las condiciones y garantías de los colombianos en el exterior.

⁹ No está vigente; Decreto 2268 de 1995 (República de Colombia, 1995A), no está vigente; Decreto 607 de 2002 (República de Colombia, 2002), no está vigente. Sobre este aspecto la norma que se encuentra vigente en relación con la expedición de visas y que ha dejado derogadas todas las anteriores es el Decreto 1239 de 2003 (República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2003). Por medio de él también se da creación a la Comisión Nacional Intersectorial de Migraciones. Sobre este aspecto el Estatuto migratorio en el que se regulan demás aspectos de expedición de visas y control de extranjería y de migración se regula a partir del vigente Decreto 4000 de 2004 (República de Colombia, 2004B), el cual ha tenido algunas modificaciones por medio del Decreto 164 de 2005 (República de Colombia, 2005) sobre aspectos de expedición de visas.

¹⁰ En vigencia.

⁵ Normas sobre inmigración y extranjería. No está vigente.

⁶ Modifica el Ministerio de Relaciones Exteriores, modificado por el Decreto 4248 de 2004 (República de Colombia, 2004A). Esta norma está vigente.

ceso de regularización (República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2001)¹¹, Acuerdo bilateral Colombia-Ecuador para la permanencia de nacionales ecuatorianos, visa de cortesía, (República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2002)¹², entre otros aspectos.

Como puede verse, existe un gran número de normas algo dispersas que regulan temas relacionados con diversas dimensiones de la migración, que impide que pueda hablarse de la existencia de una legislación o reglamentación integral de las migraciones internacionales en Colombia.

En lo que se refiere a políticas de gobierno incluidas en los diversos Planes de Desarrollo Nacional –PND– desde el año 1998 hasta la fecha, no es posible hallar en la letra de los mismos un verdadero acento hacia la política migratoria. Quizá, la atención principal respecto de los movimientos de personas se ha concentrado en conjurar y tratar de controlar las causas y dramáticos efectos del desplazamientos forzado en el país.

De esta forma, en el planteamiento del PND del período 1998-2002 en cuanto a política exterior el enfoque propuesto se concentró en los aspectos de globalización, mantenimiento de la integridad territorial, defensa de la soberanía nacional, cooperación internacional y el fortalecimiento del DIDH, y del DIH (Presidencia de la República de Colombia, 1998, p. 126).

Con posterioridad, en el PND para el período 2002-2006, fue posible evidenciar un incipiente interés por el tema migratorio y la política exterior señaló interés en el fortalecimiento de la cooperación internacional a partir de los acuerdos bilaterales y del intercambio comercial, fortalecimiento de los programas de

colombianos en el exterior. Todo lo anterior, bajo el enfoque de la seguridad y la defensa del territorio del Estado. Debe señalarse que paralelamente a esto, la problemática del desplazamiento forzado ocupó gran parte de la atención de esta política cuatrienal (Presidencia de la República de Colombia, 2002, punto 7, p. 311).

En el posterior PND correspondiente al periodo 2006-2010, ya es posible visibilizar la política exterior migratoria como uno de los ejes de acción dentro de dichos derroteros. En ella, se plantea el fortalecimiento de los nexos de los colombianos en el exterior, a partir de la creación y consolidación del programa “Colombia no une”. Asimismo, entre los principales avances en esta materia, se da creación a la tarjeta de registro consular, se busca la canalización de las remesas a través de las ferias inmobiliarias, se promueve un plan de homologación de títulos, entre otros aspectos (Presidencia de la República de Colombia, 2006, punto 7.9).

Como consecuencia del desarrollo de la política promovida en el período 2006-2010 se expide el Documento CONPES 3603 de 24 de agosto de 2009, titulado “Política Integral Migratoria”, el cual parte del reconocimiento de la “limitada atención a los fenómenos migratorios por parte del Estado colombiano” (Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia, 2009, p. 27), formula un planteamiento global de la migración, y propone el abordaje de esta temática a partir de la estructuración de un plan integral que brinde atención tanto a los colombianos en el exterior, como a los extranjeros en el país. Si bien, de una primera lectura del objetivo del documento se puede derivar una visión de la migración con efecto de doble vía –emigración e inmigración–, más adelante el documento se concentra en sugerir la formulación de acciones concretas que propendan por la protección de los colombianos en el exterior, dejando de lado el enfoque de atención a los extranjeros en el país.

¹¹ No está vigente.

¹² Modifica el Decreto 2107 de 2001 (República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2001).

Al analizar el documento CONPES, es posible encontrar un énfasis en la protección de la soberanía del Estado colombiano con respecto a la realidad migratoria, toda vez que centra la tarea de desarrollar la política en esta materia sobre la base de la defensa y la protección de los derechos de los colombianos en el exterior, la capacitación a dichas personas en aras de garantizar un proceso de migración bien informado y el acompañamiento de los nacionales en el exterior (Presidencia de la República de Colombia, 2006, punto 7.9)¹³.

Si bien este enfoque enseña una actitud responsable de parte del Estado colombiano como Estado de origen, y en consecuencia, principal responsable de los flujos de colombianos en el exterior, en el texto del documento no se visibiliza con el mismo esmero el interés por dar tratamiento y protección a los derechos de los extranjeros presentes en Colombia, aspecto que puede generar algo de preocupación, si se tiene en consideración que el deber ser de una política migratoria con enfoque en derechos humanos consiste en que debe realizarse de manera concertada, tanto con los países de origen, como de destino, y que el trato respetuoso y conforme a los derechos de estas personas, que se espera sea dispensado a los nacionales, debe tener como correlato el adecuado tratamiento de los contingentes provenientes de otros países, y presentes en este territorio.

El documento CONPES n.º 3603 de 2009 hace un llamamiento a diversas autoridades de todos los órdenes para el diseño de dicha política,

¹³ Ver además el planteamiento, y evaluación de algunos programas tales como: Documento visión Colombia 2019; colombiano seguro en el exterior; portal Colombia aprende, becas y créditos educativos para estudios en el exterior; programa para convalidación de títulos; programa sobre educación técnica en asocio con el SENA; ferias inmobiliarias; plan comunidad en el exterior; portal ResEsColombia; semana binacional de la salud; y la referencia a la existencia de ciertos Acuerdos migratorios locales, tal como el "Plan migratorio local", y el fortalecimiento del servicio consular a través de la presencia de oficinas físicas en el exterior, como portales virtuales en materia consular, y la creación de Consulados móviles.

asignándoles responsabilidades muy concretas a cada uno de ellos¹⁴.

Finalmente, con el recientemente aprobado PND 2010-2014 (Presidencia de la República de Colombia, 2010) es posible encontrar referencias más precisas sobre la necesidad de que la política migratoria sea en realidad un aspecto relevante dentro del respeto de los derechos humanos y en el desarrollo de la política exterior colombiana. Así, en el referido PND se pone de manifiesto un interés más concreto en dar creación a lo que hoy es la Ley 1465 de 2011, es decir, el SNM.

3. *Ley 1465 de 29 de junio de 2011, diagnóstico desde el derecho internacional de los derechos humanos —DIDH—*

Los meses previos a la expedición de la Ley 1465 de 2011 (República de Colombia, 2011) generaron en los estudiosos de las migraciones gran expectativa, toda vez que, tal y como se expresó en el acápite anterior, el camino hacia la sensibilización de la migración y hacia la in-

¹⁴ Por ejemplo al Ministerio de Relaciones Exteriores se le insta a elaborar, coordinar la implementación de plan de retorno, apoyar y coordinar la participación política, la integración cívica de colombianos en el exterior, la incorporación de una agenda de cooperación internacional, profundizar en la estrategia de acompañamiento a los gobiernos departamentales y municipales que cuenten con una alta tasa de migración, adopción de medidas de asistencia consular, entre otras. República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, *Documentos CONPES 3603 Política Integral migratoria*, Ob. Cit, pp. 68 y 69. Por su parte al Departamento Nacional de Planeación le corresponde de acuerdo con el documento CONPES coordinar la realización de un diagnóstico sobre los obstáculos normativos que afecta el aprovechamiento productivo de las remesas, diseño de estrategia del aprovechamiento productivo de remesas, Ibídem, p. 70. La Comisión Intersectorial de Migración tiene a su cargo la generación de estrategias que mejoren la calidad de vida de los extranjeros en Colombia, incorporar la oferta de servicios de las entidades miembro de la Comisión Intersectorial de Migración. Al Ministerio de Justicia le corresponde conforme lo establecido por el documento la adopción de medidas de prevención y atención en materia de trata de personas, Ob. Cit, p. 70, entre otras funciones asignadas al Ministerio de Educación Nacional, al Instituto Colombiano de créditos y estudios técnicos en el exterior, Ministerio de Protección Social, Servicio Nacional de Aprendizaje, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Departamento Nacional de Estadísticas.

minente necesidad de ordenarla y dar respuesta, no solo a los flujos de colombianos que salen del territorio, sino a aquellos de extranjeros que se aproximan a nuestro país, se fue identificando como una prioridad.

Anteriormente, el tema migratorio internamente considerado, podía circunscribirse a conocer el número de colombianos que se dirigían al exterior, pues tradicionalmente su comportamiento ha sido el de un Estado de origen o expulsor de migrantes o, si se quiere, de emigración.

Es cierto que dicha tendencia es la predominante en la actualidad para los Estados en vía de desarrollo, pues un buen número de sus nacionales abandonan el Estado en busca de mejores oportunidades. En este sentido, es necesario recordar las palabras ya citadas por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes quien en su informe de 2010 señala lo que ya era evidente no solo para la doctrina, sino para la jurisprudencia internacional, de que la responsabilidad migratoria radica, en un primer momento, en los Estados de origen (OIM, 2010, 3 de agosto, pár. 6). Sobre esto conviene recordar también a los profesores Ágüelo y Chueca, quienes al retomar a uno de los padres del derecho internacional, como lo es Francisco de Vitoria, estudian la posibilidad de revivir el antiguo "*ius migrandi*" (Chueca, 2008, p. 779), planteamiento que permite a las personas movilizarse por el "*orbe mundialis*", entendido aquel como el mundo, y llegan, por tanto, a la conclusión de que uno de los elementos del moderno derecho a la circulación por el universo es el derecho a no emigrar (Ágüelo, 2003, p. 98) es decir, la obligación de los Estados de impedir que sus nacionales se vean abocados a salir del país de su nacionalidad.

Lo anterior exige que las condiciones de vida en el Estado de origen sean cualificadas, esto es, dignas, entendiendo por tales que el nivel de vida adecuado (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos –DUDH–) es una obligación

que comprende la satisfacción de un gran grupo de derechos, no solamente civiles y políticos, sino, también, el acceso a los económicos, sociales y culturales.

Por las diversas coyunturas socio-económicas e incluso políticas nacionales, es evidente que la retención de nacionales no es una tarea fácil, y la emigración de nuestros compatriotas es una realidad creciente que ha respondido a diversas causas, entre ellas, los motivos económico-laborales. Por lo anterior, es una actitud responsable de parte del Estado hacer un detallado rastreo de los destinos y de la suerte de los colombianos en el exterior, aspecto que aparentemente es el objetivo primordial de la Ley 1465 de 2011 (República de Colombia, 2011).

El enfoque inicial es adecuado y no debe cuestionarse, toda vez que, de acuerdo con nuestro perfil migratorio de Estado de origen, este asunto resulta ser una prioridad. En todo caso, no puede desconocerse que tal y como se ha señalado, nuestro país también recibe contingentes de personas, y en este sentido, las responsabilidades internacionales no solo deberán dar atención a los nacionales, sino que deberán amparar a ***toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado***, pues así lo disponen varios de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que deben ser aplicados a todas las personas, sin que medie discriminación alguna¹⁵.

¹⁵ Así lo disponen instrumentos internacionales de manera explícita o implícita, bien porque utilice el pronombre indefinido "todo o nadie" o porque haga alusión expresa al campo de aplicación personal de la Ley, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas –ONU– en su resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, incorporado al ordenamiento colombiano mediante la ley 74 de 1968 (República de Colombia, 1968). Por su parte respecto de la Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (en adelante CTMF, Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, incorporada al ordenamiento interno por medio de la ley 146 de 13 de julio de 1994 (República de Colombia, 1994), entre otros tantos, solo por mencionar aquellos que hacen parte del sistema Universal de protección. Por su parte en el contexto interamericano la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica

El artículo 1° de la Ley 1465 (República de Colombia, 2011) da creación al Sistema Nacional de Migraciones y se define como el

(...) conjunto armónico de instituciones, organizaciones, tanto de la sociedad civil como las normas, procesos, planes y programas, desde el cual se deberá acompañar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de la política migratoria con el propósito de elevar el nivel de calidad de vida de las comunidades colombianas en el exterior, considerando los aspectos de la emigración y de la inmigración.

En el artículo 2°, que se refiere al objeto de la ley, también hace énfasis en el fortalecimiento de los lazos de los colombianos en el exterior, sin tener en consideración a los extranjeros en el Estado colombiano, aspecto que ya se venía haciendo evidente desde la elaboración del documento CONPES No. 3603 de 2009 (Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia, 2009).

El planteamiento de los artículos 1° y 2° es, sin lugar a dudas, legítimo; la atención de sus nacionales es para los Estados la primera responsabilidad, no obstante, es necesario resaltar que dentro del propósito de creación de la Ley parece que se invisibilizan los extranjeros presentes en el Estado colombiano, y esto podría contrariar lo previsto en el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, según la cual, los extranjeros en Colombia podrán disfrutar de los mismos derechos civiles que los nacionales (República de Colombia, 1991B)¹⁶.

del 7 al 22 de noviembre de 1969, incorporada al orden interno colombiano mediante la Ley 16 de 1972 (República de Colombia, 1972), que en su artículo 14 establece que: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", adicional a esto en el numeral 2 agrega que "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

¹⁶ Artículo 100. "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No

De otra parte, de acuerdo con el artículo 93 también de la Constitución de 1991 (República de Colombia, 1991B), se establece que: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos (...) prevalecen en el orden interno (...)". De allí, que todo el cuerpo normativo que hace parte del llamado núcleo duro del DIDH sea vinculante, en especial lo relativo a la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁷ –en adelante CEDR–, y la CTMF, entre otros tratados.

Al referirse a los principios, la Ley 1465 de 2011 (República de Colombia, 2011) se refiere al respeto integral a los derechos humanos de los migrantes y de sus familias (art. 3.1), a la asistencia y el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos en el exterior (art. 3.2), al fomento de la migración ordenada para evitar la inmigración irregular y la trata de personas (art.3.3), a la participación de la diáspora colombiana en el exterior, bajo el reconocimiento de sus derechos políticos (art.3.4), entre otros aspectos¹⁸.

Si bien es innegable la importancia de estos principios, se omitió en la Ley hacer referencia a un principio estructural del DIDH que,

obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital".

¹⁷ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969, incorporada al ordenamiento interno colombiano a través de la Ley 22 de 1981 (República de Colombia, 1981).

¹⁸ Los demás principios incorporados en la Ley hacen alusión a la integración social de los extranjeros en Colombia mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía y basadas en la tolerancia, igualdad y no discriminación siguiendo los principios de reciprocidad (art.3.5), la promoción del diálogo con los países de origen, tránsito y destino migratorio, incluyendo la ratificación y desarrollo de los acuerdos necesarios (art.3.6), Fomento de iniciativas de desarrollo y codesarrollo migratorio, fortaleciendo y ampliando los centros de referencia y oportunidades para los retornados del exterior (art. 3.7)

sobra decir, es vinculante para Colombia. Este es el principio de dignidad humana, presente en la totalidad de los instrumentos internacionales, en los que el Estado colombiano es parte, y que debe regir las disposiciones sobre reconocimiento y asignación de derechos a las personas.

Asimismo, en el texto de la ley citada no es posible evidenciar la consagración del principio "*pro homine*", olvidando su relevancia a la hora de dar aplicación a las normas en materia de extranjería, toda vez que en virtud de él, en el evento de que existan diversas normas aplicables a los extranjeros y a los trabajadores migrantes, se dispensará el trato más favorable a la persona; así lo reconoce la CTMF (República de Colombia, 1994, art. 81.1.), norma que es obligatoria para el Estado colombiano.

Sobre el aspecto puntual del principio de igualdad y no discriminación, que guarda la misma importancia que la dignidad de la persona humana, debe rescatarse que la Ley lo menciona de manera expresa en el artículo 3.5 para el caso particular de la integración de los extranjeros en Colombia (República de Colombia, 2011). Si bien este aspecto es bastante positivo, toda vez que predica el trato de dichas personas bajo este parámetro, no puede evidenciarse que dicho baluarte sea irradiador de todo el marco del SNM, es decir, de la Ley 1465 de 2011.

La aplicación de este principio a las personas extranjeras no supone para el Estado colombiano darles un tratamiento idéntico frente a los nacionales, en razón a que, a partir de la interpretación internacional, el alcance de la igualdad y no discriminación permite que existan legítimas distinciones que han sido autorizadas por el DIDH, como ocurre en el caso del reconocimiento de los derechos políticos a los ciudadanos de los Estados según en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– en el art. 25 (República de Colombia, 1968), así como el art. 1.2 de la Convención Internacional

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –CERD– (República de Colombia, 1981), el derecho de entrada¹⁹ y la libertad de circulación, consagrados en el PIDCP art. 12 PIDCP (República de Colombia, 1968) y el artículo 22.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– (República de Colombia, 1972) .

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, la disposición que faculta a los Estados en vía de desarrollo para determinar en qué medida se garantizan estos derechos humanos a los extranjeros (República de Colombia, 1968, art.2.3) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC– también da cuenta de la diferencia de trato. Dichos supuestos son ejemplo de la soberanía de los Estados para la regulación de los aspectos migratorios, pero bajo el respeto de los derechos de las personas (Carrillo, 2001, p. 41).

Pese a lo anterior, la aplicación del principio de igualdad y no discriminación encuentra una limitación que ha sido establecida en la propia Ley 1465 de 2011, consistente en que se dispensará igualdad de trato para los extranjeros bajo el supuesto de la reciprocidad (República de Colombia, 2011, art. 3.5)²⁰, lo que supone

¹⁹ Con respecto al derecho de entrada la doctrina mayoritaria internacionalista niega la existencia del mismo como tal, toda vez que no existe ningún instrumento internacional que lo reconozca expresamente, el derecho que en su lugar si se encuentra reconocido es el derecho de salida. Ver Fernández (2009, p. 165), Pastor (2007, pp. 33-38), Quindimil (2007, pp. 445-456), Bonet (2003A, p. 22) y Mariño (1996 p. 114). Por otro lado, un sector minoritario plantea que en los orígenes del Derecho Internacional el derecho de entrada fue un derecho humano, el cual se denominaba "*Ius migrandi*", y que debería valorarse la posibilidad de rescatar este derecho, dado que el derecho de salida que si es posible identificarlo en varios instrumentos internacionales de manera expresa (art.12.2 PIDCP, art.22.2 CADH, art.8 CTMF) queda incompleto por la ausencia de reconocimiento del derecho de entrada. Ver Chueca (2004 , pp. 291-292) y Águelo (2003, p. 98).

²⁰ Art. 3.5 "Integración social de los extranjeros en Colombia mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía y basadas en la tolerancia, igualdad y no discriminación, siguiendo principios de reciprocidad".

que estas personas recibirán el trato que sea impartido a los colombianos en el exterior.

Este planteamiento legal parece olvidar que al referirse a los trabajadores migratorios, que a su vez también son extranjeros, la CTMF (República de Colombia, 1994) excluye la cláusula de reciprocidad (Bonet, 2003B, p. 326); por lo tanto, aquellos extranjeros que se consideren conforme a la CTMF (República de Colombia, 1994, art. 2.1)²¹ como trabajadores migratorios no podrán ver sometidas sus garantías al trato que los colombianos reciban en el Estado de su nacionalidad. En consecuencia, la disposición de la Ley resultaría ser contraria, en este aspecto en particular, a la CTMF.

Por su parte, un principio que en la ley parece atender a la normativa internacional y acoge, asimismo, la necesidad de que exista concertación entre los Estados de origen y los Estados de destino para lograr cooperación en el control ordenado de la política migratoria es la promoción del diálogo de los países de origen, de tránsito y destino migratorio (...)” (República de Colombia, 2011, art. 3.6).

Su inclusión responde quizá a una de las principales preocupaciones del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los migrantes; así pues, Bustamante en el informe presentado en el año 2010, tras analizar la situación a escala global de los migrantes, señala que la falta de concertación de parte de los Estados en la política migratoria y la (...) falta de atención a los derechos humanos en las iniciativas de gestión de las migraciones ha tenido consecuencias perjudiciales no sólo para la protección de los migrantes indocumentados o irregulares, sino también para la población de migrantes en su totalidad y para las sociedades que los acogen en general” (OIM, 2010, 3 de agosto, párrafos 8, 9).

²¹ Art. 2.1 define al trabajador migratorio como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

Debe resaltarse positivamente la inclusión de lo que la ley llama “principio de fomento al retorno”, desarrollado en el art. 3.7 (República de Colombia, 2011), toda vez que otro de los elementos esenciales del derecho al “*ius migrandi*” es la posibilidad de retornar al Estado de nacionalidad de manera libre (Ágüelo, 2003, p. 99). No puede olvidarse que sobre este aspecto las acciones a favor del retorno de los colombianos al país deben intentar atraer aquellas personas más propensas a la fuga de cerebros, y que contribuyen al desarrollo del país²².

De la mano de este principio, en el artículo 9 de la Ley 1465 (República de Colombia, 2011), se encomienda al Congreso de la República la labor de desarrollar un Plan de retorno al país, en el que se conjuguen una serie de medidas que permitan al colombiano retornado gozar a plenitud de ciertos derechos que faciliten su regreso.

Sobre este aspecto conviene tener presente que la normativa a desarrollar debe dar cuenta del número de colombianos en el exterior con altos niveles de formación, y diseñar, así, una política de atracción para estas personas en aras de fomentar el desarrollo del país. Lo dicho no implica que los colombianos sin altos grados de formación no deban ser retornados, sin embargo, deberán ofrecerse atractivos planes de emprendimiento para asegurar la posibilidad de que estas personas no lleguen a engrosar las cifras de desempleo del país.

Finalmente, es importante tener presente que lo que la ley denomina principios recibe legislativamente un tratamiento de objetivos (República de Colombia, 2011, art.3), y a su vez en los objetivos de la ley, se efectúa la enunciación de aspectos que técnicamente debieron ser considerados como principios (República de Colombia, art.4).

²² Muchos de los profesionales bien formados han decidido migrar a otros Estados y dentro de sus expectativas no se encuentra el regreso a nuestro país. Ver Ramírez, Zuluaga y Perilla (2010, p. 220.)

No obstante, el aparente error de técnica legislativa cumple una finalidad loable y busca el acompañamiento de los inmigrantes colombianos en el exterior, así como de los extranjeros en el Estado colombiano (República de Colombia, 2011, art.4.1), aunque esto último solo se muestre manera tangencial.

Esta norma parece estar en armonía con lo dispuesto en la CTMF en la que se define su campo de aplicación temporal, y dispone que

La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual (República de Colombia, 1994, art.1.2).

Una disposición de esta naturaleza permite que el proceso migratorio en integridad reciba un monitoreo de parte del Estado, independientemente de si es un Estado de origen de acogida, o de tránsito (Vanheule, 2009, p. 473).

En suma, con el seguimiento que debe hacerse a todo el proceso migratorio, es importante tener en cuenta que en la ley se incluye el asesoramiento jurídico en materia penal a los connacionales detenidos y condenados en el exterior (República de Colombia, 2011, art.4.14).

Infortunadamente, dados los actuales enfoques de las políticas migratorias en el mundo, que son básicamente securitarios y responden a la progresiva criminalización de la migración en condiciones de irregularidad, esta es una realidad que compete atender al Estado colombiano. No obstante, en este aspecto se evidencia de nuevo el desbalance entre las garantías que se reconocen a nuestros compatriotas en el ex-

tranjero, y las condiciones que se evidencian y se regulan mediante esta Ley, a favor de los no nacionales en el país.

No existe normativa mundial muy garantista en este sentido, y nuestra política tampoco evidencia un enfoque de ordenación que escape de la tendencia general de penalizar la inmigración; este es uno de los principales temores tanto del ya citado Relator Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes (OIM, 2010, 3 de agosto, párs. 7-65.), como del Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias en su reciente Observación General No. 1 de febrero de 2011 (Comité de Protección de los Derechos de Todos los trabajadores Migratorios y de sus Familias, 2011, 23 de febrero, pár. 19).

Por su parte, entre las medidas que resultan ser más eficientes para luchar contra la propagación de la migración en condiciones de irregularidad, se debería contar el fortalecimiento de las fuentes de información y de la asistencia legal previa al viaje, en razón a que en este momento es posible tomar acciones preventivas en contra de la migración que no se ajuste a las condiciones exigidas por los Estados de acogida.

Los propósitos de la Ley podrían resumirse, grosso modo, en lograr la suscripción de una serie de acuerdos bilaterales con los Estados de acogida en beneficio de las condiciones de vida de los colombianos en el exterior, y si se hace una lectura detallada, será evidente el desequilibrio entre la asistencia a colombianos en el exterior frente a la atención de extranjeros inmigrantes en el Estado colombiano. Esto es verificable en el artículo 4, numerales del 1 al 8 de la Ley 1465 de 2011 (República de Colombia, 2011).

Es importante tener presente que uno de los objetivos de la Ley 1465 de 2011 es lograr que la Política Integral Migratoria, así como el SNM, se articulen con las iniciativas que se desarrollen

en los distintos niveles, esto es, política nacional, local, y distrital (República de Colombia, 2011, art.4.12), lo que implica que el diseño y adopción de estos planes ha de ser coordinado y bastante profundo, tratando en lo posible de llenar los vacíos dejados por esta ley. No obstante lo anterior, este objetivo definido por la norma puede ser un excelente antecedente para que el tema migratorio se constituya más que como una política de gobierno, como una política de Estado, en la que a mediano y a largo plazo, se garantice la coherencia, permanencia, continuidad y sostenibilidad.

En la ley nacional se evidencia la inminente necesidad de que las cifras sobre la migración sean una verdadera radiografía sobre la situación, de modo, que las tareas de control de entrada, salida, permanencia y permiso de trabajo de extranjeros en nuestro país, así como el registro de colombianos en el exterior, sean fieles y no existan diametrales diferencias como sucede en la actualidad. La norma prevé que existan alianzas entre entes públicos y privados que permitan la consolidación de un sistema de información estadístico integral, periódico y confiable (República de Colombia, 2011, art. 4.15)

Conviene señalar que el Plan de Retorno previsto en la ley (República de Colombia, 2011, art. 9) es un propósito coherente con las recomendaciones del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, pues contempla la garantía de que los colombianos que han sido deportados no sean reseñados cuando este hecho se deba a algún aspecto propio de la discrecionalidad del Estado de destino en materia migratoria. Esta norma evita que se difundan las conductas constitutivas de criminalización de la migración (OIM, 2011, 21 de marzo, pár. 10-25) y disminuye el efecto de la estigmatización de los extranjeros, lineamiento que contribuye a la erradicación de la xenofobia y la discriminación por motivos de origen nacional.

El aporte de esta norma hacia el respeto de los derechos humanos de los migrantes es enorme, sin embargo, se evidencia de nuevo el sesgo de que solamente los colombianos retornados serán beneficiarios de esta garantía como medida de protección del derecho humano a su buen nombre. No se halla en esta norma una disposición similar que permita pensar que el Estado colombiano no pretenda criminalizar y sancionar penalmente la migración en condiciones de irregularidad de extranjeros, toda vez que faltas de esta naturaleza deben ser sancionadas de acuerdo con su gravedad, y por ser estrictamente administrativas, deberían escapar de la esfera del derecho penal (OIM, 2011, 21 de marzo, pár. 20).²³

Finalmente, otro aspecto que vale cuestionarse es si la Ley 1465 de 2011 ha debido tramitarse como una ley estatutaria (República de Colombia, 1991B, art.152.a), pues se trata de una ley ordinaria²⁴, toda vez, que los temas relacionados con la migración comprometen en todos los casos el ejercicio de derechos fundamentales, y sin perjuicio de que en esta norma no se haya consagrado el catálogo de derechos que ha debido incluirse, sí aborda temas relacionados con los derechos políticos de los colombianos en el exterior (República de Colombia, 2011, art. 3.4).

²³ Sobre el particular conviene tener en cuenta el argumento del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, quien sostiene que "el derecho penal está diseñado para castigar a individuos que lesionan a otros individuos o a la sociedad en general" y los delitos de cruce de fronteras o permanencia en el territorio de un Estado más allá del período autorizado "son delitos sin víctimas" y no producen ninguna lesión a la sociedad en general sino, si acaso, "a la integridad de las fronteras y las leyes de gestión de la inmigración del Estado" (OIM, 2011, 21 de marzo).

²⁴ Debe anotarse que la ley 1465 de 2011 (República de Colombia, 2011) no fue tramitada en la Comisión Primera (Senado y Cámara), encargada para el desarrollo de estas normas. De otra parte la ley contó con 2 debates en Senado y Cámara, sin cumplir así lo exigido por este tipo de normas por la Constitución de 1991 (República de Colombia, 1991B, art.152) y por la Ley 5 de 1992 (República de Colombia, 1992B, art. 207, ss.), y sin que fuera tramitada y expedida en una sola legislatura.

4. Conclusiones y retos para el Estado colombiano en materia migratoria

Luego de este rápido examen de la Ley, y de los avances que ha llevado a cabo el Estado colombiano en materia migratoria, debe reconocerse la importancia de este primer paso por dar un orden coherente y definir un marco de regulación de la migración internacional.

Hasta antes de esta Ley 1465 de 2011 (República de Colombia, 2011) como pudo observarse, se contaba con algunas normas fragmentarias que regulaban diversos aspectos que directa e indirectamente se relacionaban con la migración, sin que a esto se le pudiera catalogar de política migratoria.

El documento CONPES No. 3603 de 2009 (Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia, 2009) da un salto importante en este sentido, y ambiciona la conformación de una política migratoria con el concurso de varias entidades del Estado que deben participar de su diseño y adopción. Pese a que esto es positivo, no puede olvidarse que el documento del Consejo de Política Económica y Social concentra sus esfuerzos en dar protección a los colombianos en el exterior, dejando de lado la atención de los extranjeros en Colombia, y enseña una perspectiva securitaria de defensa de fronteras, omitiendo el necesario enfoque en derechos humanos que debe prevalecer en este tema.

Por su parte, la Ley 1465 (República de Colombia, 2011) es bastante sucinta, si se tiene en cuenta que pretende fijar en nueve artículos los derroteros de lo que constituye la base de lo que será el Sistema Nacional de Migraciones. De otra parte, esta norma busca la creación de un sistema que unifique el desarrollo normativo que apenas comienza, sin embargo, no sobra formular algunas observaciones sobre lo que pudo haberse consagrado en esta norma, y que dada su extensión no se tuvo en consideración.

El análisis realizado evidenció algunas fallas en la forma y en el fondo de la ley, pues sus disposiciones fueron examinadas a la luz de algunos instrumentos internacionales que han sido ratificados soberana y libremente por el Estado colombiano.

Entre los aspectos de forma, esta ley carece de técnica legislativa a la hora de clasificar e identificar correctamente lo que son los principios, y los objetivos de la ley, pues, al parecer, están invertidos. De otra parte, dado el tema, la importancia del mismo, y su estrecha relación con la regulación y disfrute de derechos, ha debido tratarse de una ley estatutaria, y no de una ley ordinaria.

Entre las fallas de fondo que se pusieron de manifiesto, conviene recordar el claro y fuerte desbalance entre las garantías que se reconocen a los colombianos en el exterior, y los derechos reconocidos a los extranjeros o inmigrantes en el territorio colombiano, aspecto que, puede presumirse, fue replicado del documento CONPES No. 3603 (Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia, 2009). Al parecer, la norma quisiera poner un acento fuerte al fortalecimiento del programa ya existente de "Colombia nos une", y fomentar la asistencia vía consular de nuestros connacionales.

En consecuencia, se olvida que un SNM como su nombre lo indica debe no solo abordar los temas relativos al acompañamiento de los nacionales en el extranjero, pues este es solo uno de los aspectos a tratar. Es esencial que el reconocimiento de los derechos de los extranjeros se haga evidente, de manera explícita y generosa, ya que Colombia es Estado parte de una gran cantidad de instrumentos internacionales de los sistemas universal, y regional interamericano, que fija ciertos estándares de cumplimiento a los derechos humanos, no solo de los nacionales, sino de toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción del territorio colombiano.

De no ser así, y de no subsanarse la omisión en comento en la reglamentación que sucederá a esta norma, se estará asumiendo la postura de la gran mayoría de los Estados de acogida pertenecientes al primer mundo, que no han ratificado la CTMF por temor de atraer la migración, y se incurrirá en el incumplimiento de este importante tratado del cual somos partícipes desde el año 1994 en virtud de la Ley 146 (República de Colombia, 1994).

En cuanto a la consagración de los principios contenidos en la ley, ya se ha dicho que lo que resulta llamarse así parecen ser sus objetivos; no obstante esto, se omite reconocer de manera general algunos de los cimientos básicos a la hora de regular la política migratoria y los derechos de las personas, esto es, la dignidad humana, la igualdad y no discriminación, y el principio *pro omine*. Esta Ley hubiese sido el escenario perfecto para consagrar estos principios, seguida de un capítulo o acápite en la que se esbozaran de manera general los derechos de los extranjeros presentes en el territorio colombiano.

No es tarde, aún se está a tiempo; es el momento de corregir las imprecisiones de la ley, pues este es apenas el primer paso de la política migratoria. La norma es en realidad muy corta, pero se espera que el desarrollo posterior no excluya las necesidades de los extranjeros. Es una responsabilidad del Estado colombiano respetar los derechos humanos de estas personas, pues con frecuencia se reclama a los Estados de acogida de los nacionales, la observancia de los derechos humanos y el cumplimiento de los parámetros internacionales. En materia de DIDH, quizá lo más reprochable resulte ser la falta de coherencia en el respeto de los derechos de las personas, más aún si se tiene un gran número de tratados ratificados.

Otro de los aspectos que al parecer no fue abordado por la Ley es la situación de los migrantes en condición jurídica de irregularidad,

ni de los nacionales colombianos en el exterior, y mucho menos de los extranjeros presentes en nuestro territorio. Este aspecto es bastante preocupante, pues, que en términos generales el migrante es un individuo vulnerable, y aquellos que se encuentran en situación jurídica de irregularidad lo son aún más, toda vez, que son presa de la precarización laboral, de los abusos, e incluso de la explotación, la esclavitud y la trata de personas.

Son realmente escasas las referencias en la ley sobre el particular, y esto impide que se tenga conciencia de las graves y dramáticas consecuencias de este fenómeno. En esta norma, no se evidencia un catálogo de derechos ordenado; quizá por la brevedad de la misma, los derechos son escasos y dispersos. Es vital que esto sea incluido con posterioridad, pues difícilmente se dará aplicación a un sistema sin que exista un grupo de garantías sobre las cuales recaigan o se hagan reclamables los derechos.

Referencias bibliográficas

- Ágüelo, P. (2003). Derechos y libertades de los extranjeros, *la globalización y los derechos humanos*, IV Jornadas Internacionales de DDHH, (pp. 91-108). Sevilla: Talasa editores.
- Bonet, J. (2003A). Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español. *Cuadernos Deusto*, (No. 22). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Bonet, J. (2003B). La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. En F. Gómez (Dir.). *La Protección Internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (pp. 309 – 350). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Bonet, J (2008). Los Convenios Internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería. En M. B. Ruíz-Gallegos (Dir.). *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, (pp. 731-752). Barcelona: Bosch

- Carrillo, J. A. (2001). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- Chueca, A. G. (2004). El novísimo derecho humano de las personas a migrar, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 5, Valladolid, pp. 291-292
- Chueca, A. G. (2008). El ius migrandi en el derecho internacional de las migraciones. En M. B. Ruíz-Gallegos (Dir.). *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, (pp. 753 – 778). Barcelona: Bosch.
- Chueca, A. G. & Águelo, P. (2005). La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus Familias. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 10, pp. 117-126.
- Comité de Protección de los Derechos de Todos los trabajadores Migratorios y de sus Familias. (2011, 23 de febrero). *Doc. CMW/C/GC/1, Observación General No. 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios*. Ginebra, Recuperado el 12 de enero del sitio Web <http://tb.ohchr.org/default.aspx>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia. (2009). *Documento CONPES No. 3603, sobre la Política Integral migratoria*. Bogotá.
- Departamento Nacional de Estadística de Colombia –DANE–. (2005). *Censo General de 2005*. Recuperado el 18 de enero de 2012 del sitio Web http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=307&Itemid=124
- Departamento Nacional de Estadística de Colombia –DANE–. (2009). *Informe de Gestión*. Recuperado el 12 de diciembre de 2011 del sitio web http://www.dane.gov.co/files/control_participacion/planes_institucionales/Planes_Indicativos/informe_gestion_2009.pdf
- De Lucas, J. (1994). *La exclusión natural: los derechos de los extranjeros, El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Ensayo. Madrid: Ediciones Temas de hoy.
- Fernández, P. A. (2009). El control de la inmigración ilegal en las fronteras de la Unión Europea. En A. Chueca, V. L. Gutiérrez & I. Blázquez (Coords.). *Las migraciones internacionales en el mediterráneo y en la Unión Europea*, (pp. 165-196). Barcelona: Ed. Huguens.
- Ferrajoli, L. (1999). *De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Gros, H. (2007). Derechos humanos y migraciones. En F. Aldecoa & J.M. Sobrino (Coords.). *Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de estudios internacionales*, (pp. 39-46). Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Mariño, F. (1996). Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional. En F. Mariño et. al. (Eds.). *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, (pp. 114-134). Madrid: Instituto Nacional de Servicios Sociales.
- ONU, Asamblea General. (1990). *Resolución 45/158 de 18 de Diciembre de 1990, por medio de la cual se adopta la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores y de sus Familias –CTMF–*. ONU.
- ONU, Secretario General. (2010, 2 de agosto). *Informe Migración internacional y desarrollo*, Doc. A/65/203. ONU.
- Organización Internacional para las Migraciones –OIM–. (2008). *Anuario Estadístico, 2008*. Recuperado el 11 de noviembre de 2011 del sitio Web <http://www.oim.org.co/Sobremigraci%C3%B3n/Migraci%C3%B3ncolombiana/Datosycifras/tabid/160/language/es-CO/Default.aspx>
- Organización Internacional para las Migraciones –OIM–. (2010, 3 de agosto). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, Doc. A/65/222. Ginebra: OIM.
- Organización Internacional para las Migraciones –OIM–. (2011). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2011*. Recuperado el 18 de enero de 2012 del sitio Web <http://www.iom.int/jahia/jahia/lang/es/pid/1>
- Organización Internacional para las Migraciones –OIM–. (2011, 21 de marzo). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, Doc. A/HRC/17/33. Ginebra: OIM.
- Organización Internacional para las Migraciones –OIM–. (s. f.). *A propósito de las migraciones, Hechos y cifras*. Recuperado el 30 de enero de 2012 del sitio Web <http://www.iom.int/jahia/jahia/facts-and-figures/lang/es>
- Pastor, J. A. (2007). Los derechos de los emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos. En F. Aldecoa & J. M. Sobrino (Coords.). *Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (pp. 33-38). Montevideo: Marcial Pons.
- Presidencia de la República de Colombia. (1998). *Plan Nacional de Desarrollo "Cambio para Construir la Paz"*

- 1998-2002". Recuperado el 23 de enero de 2012 del sitio Web <http://www.dnp.gov.co/PND.aspx>
- Presidencia de la República de Colombia. (2002). *Plan Nacional de Desarrollo Hacia un Estado Comunitario*. Recuperado el 23 de enero del sitio Web <http://www.dnp.gov.co/PND/PlanesdeDesarrolloanteriores.aspx>
- Presidencia de la República de Colombia. (2006). *Plan Nacional de Desarrollo "Estado comunitario: desarrollo para todos 2006-2010"*. Recuperado el 20 de enero de 2012 del sitio Web <http://www.dnp.gov.co/PND.aspx>
- Presidencia de la República de Colombia. (2010). *Plan Nacional de Desarrollo, "Prosperidad para todos 2010-2014"*. Recuperado el 23 de enero de 2012 del sitio Web <http://www.dnp.gov.co/PND.aspx>
- Quindimil, J. A. (2007). El viraje de la integración hacia el ser humano y la incardinación de las migraciones en el objetivo último del desarrollo social en América Latina y el Caribe. En F. Aldecoa & J. M. Sobrino (Coords.). *Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (pp. 445-456). Montevideo: Marcial Pons.
- Ramírez, C, Zuluaga, M, & Perilla, C. (2010). *Perfil migratorio en Colombia*. Organización Internacional para las Migraciones –OIM–: Bogotá.
- República de Colombia. (1920). *Ley 48 de 1920, sobre inmigración y extranjería*. Bogotá.
- República de Colombia. (1922). *Ley 114 de 1922, sobre inmigración y colonias agrícolas*. Bogotá
- República de Colombia. (1939). *Ley 22 de 1939, por la cual se reforman y adicionan las disposiciones relativas a la naturalización de extranjeros*. Bogotá.
- República de Colombia. (1968). *Ley 74 de 1968, por medio de la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Cíviles y Políticos, así como el protocolo Facultativo de este último*. Bogotá.
- República de Colombia. (1972). *Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica*. Bogotá.
- República de Colombia. (1981). *Ley 22 de 1981, por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*. Bogotá.
- República de Colombia. (1983A). *Decreto 147 de 1983, por medio del cual se crea el Consejo de Migraciones Laborales*. Bogotá.
- República de Colombia. (1983B). *Ley 10 de 1983, por la cual se provee al Gobierno de instrumentos para el manejo de la política de fronteras*. Bogotá.
- República de Colombia. (1991A). *Ley 11 de 1991, por la cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores, se determinan las funciones de sus dependencias, se confieren unas facultades y se dictan otras disposiciones*. Bogotá.
- República de Colombia. (1991B). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá.
- República de Colombia. (1992A). *Decreto 666 de 1992, por el cual se dictan disposiciones sobre expedición de visas, control de extranjeros, y se dictan otras disposiciones en materia de inmigración*. Bogotá.
- República de Colombia. (1992B). *Ley 5 de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*. Bogotá.
- República de Colombia. (1993A). *Ley 43 de 1993, por medio de la cual se establecen normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana*. Bogotá.
- República de Colombia. (1993B). *Ley 76 de 1993, por medio de la cual se adoptan medidas de protección a los colombianos en el exterior a través del Servicio Consular de la República*. Bogotá.
- República de Colombia. (1994). *Ley 146 de 1994, por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares –CTMF–*. Bogotá.
- República de Colombia. (1995A). *Decreto 2268 de 1995, sobre disposiciones sobre expedición de visas, control de extranjeros, y se dictan otras disposiciones en materia de inmigración*. Bogotá.
- República de Colombia. (1995B). *Decreto 1974 de 1995, por medio del cual se crea el Comité Interinstitucional para la Asistencia a los colombianos en el Exterior*. Bogotá.
- República de Colombia. (1998A). *Ley 450 de 1998, por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo sobre asistencia legal y cooperación judicial, mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá*. Bogotá.

- República de Colombia. (1998B). *Ley 479 de 1998, por medio de la cual se aprueba el "Convenio entre la República de Colombia y la República del Perú sobre asistencia judicial en materia penal*. Bogotá.
- República de Colombia. (2002). *Decreto 607 de 2002, por el cual se dictan disposiciones para la expedición de documentos de viaje*. Bogotá.
- República de Colombia. (2004A). *Decreto 4248 de 2004, por el cual se corrige y modifica el Decreto 4000 del 30 de noviembre de 2004*. Bogotá.
- República de Colombia. (2004B). *Decreto 4000 de 2004, sobre visas: nuevas normas sobre expedición de visas, control de extranjeros y migración*. Bogotá.
- República de Colombia. (2005). *Decreto 164 de 2005, por el cual se modifica el Decreto 4000 del 30 de noviembre de 2004 y el Decreto 342 del 28 de febrero de 2002*. Bogotá.
- República de Colombia. (2005A). *Ley 968 de 2005, por medio de la cual se aprueba el "Estatuto Migratorio Permanente, entre Colombia y Ecuador*. Bogotá.
- República de Colombia. (2005B). *Ley 991 de 2005, por la cual se modifica parcialmente la Ley 76 de 1993 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá.
- República de Colombia. (2006). *Ley 1070 de 2006, por medio de la cual se reglamenta el voto de extranjeros residentes en Colombia*. Bogotá.
- República de Colombia. (2009, 20 de Abril). *Presentación de Colombia ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias*. Recuperado el 18 de enero de 2012 del sitio Web http://www.google.com.co/#sclient=psy-ab&hl=es&rlz=IW1ADRA_esCO462&source=hp&q=presentaci%C3%B3n%20de%20Colombia%20ante%20el%20Comit%C3%A9%20de%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20&rlz=IW1ADRA_esCO462&pbx=1&oq=&aq=&aqi=&aql=&gs_sm=&gs_upl=&bav=on.2,or_r_gc.r_pw.,cf.osb&fp=d2bc26ceecf21790&biw=1264&bih=794&pf=p&pdl=3000
- República de Colombia. (2011). *Ley 1465 de 2011, por la cual se crea el Sistema Nacional de Migraciones y se expiden normas para la protección de los colombianos en el exterior*. Bogotá.
- República de Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho. (1994). *Decreto 2482 de 1994, por el cual se crea el Comité Interinstitucional para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos*. Bogotá.
- República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores. (2001). *Decreto 2107 de 2001, por el cual se dictan disposiciones sobre la expedición de visas, control y regularización de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de inmigración*. Bogotá.
- República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores. (2002). *Decreto 342 de 2002, por el cual se adiciona y modifica el Decreto 2107 del 8 de octubre de 2001*. Bogotá.
- República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores. (2003). *Decreto 1239 de 2003, Por el cual se crea la Comisión Nacional intersectorial de Migración*. Bogotá.
- Revista Semana. (2011, 4 de junio). *Llegaron los venezolanos*. Recuperado el 12 de diciembre de 2011 del sitio Web <http://www.semana.com/nacion/llegaron-venezolanos/157924-3.aspx>.
- Varona, G. (1993). *La inmigración irregular: derechos y deberes humanos*, Colección de derechos humanos Francisco de Vitoria. Guipúzcoa: Ed. Ararteko.
- Vanheule, D. (2009). The International Convention on the Protection of the rights of All Migrant Workers and Members of their Families. En F. Gómez & K. De Feyter *International Human Rights Law in a Global Context*, (pp. 472-486). Bilbao: University Of Deusto.
- Varlez, L. (1929). *Les migrations internationales et leur réglementation* Académie de Droit International. Tome 20 de la collection, Tomo V, (pp. 169-344). Paris: Librairie Hachette.