



**APORTACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL PARA EL MEJORAMIENTO DE LA LEGISLACIÓN  
MIGRATORIA EN LOS PAÍSES DE LA CONFERENCIA REGIONAL SOBRE MIGRACIÓN EN EL  
MARCO DEL SEMINARIO SOBRE LEGISLACIÓN MIGRATORIA<sup>1</sup>**

**Ciudad de Guatemala, 16 de febrero de 2007**

SUMARIO: 1. Política Migratoria con perspectiva de Derechos Humanos, 2. Un Enfoque Integral en la Gestión Migratoria, 3. Elementos Básicos de Legislación Migratoria, 4. Recomendaciones para el Mejoramiento de la Legislación en Materia de Refugiados y Apátridas, 5. Consideraciones sobre las *Personas Menores de Edad* y 6. Conclusiones Particulares de la Sociedad Civil en cuanto al Desarrollo de una Legislación con Perspectiva de Derechos Humanos.

El presente trabajo forma parte de la presentación que realizó la Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones durante el “Seminario sobre Legislación Migratoria” convocado por los países que integran la Conferencia Regional sobre Migración.

### **1. Políticas Migratorias con Perspectiva de Derechos Humanos**

Con cada vez menos frecuencia se analiza el fenómeno migratorio desde la concepción de países de origen, tránsito y destino de las migraciones y se ha venido desarrollando un entendimiento mucho más amplio y complejo. Este enfoque analiza el fenómeno migratorio

---

<sup>1</sup> Contribuyeron en la elaboración del artículo: Siria Oliva Ruiz, Foro Migraciones, Carol Girón, Secretaría Técnica de la Red Regional de organizaciones Civiles para las Migraciones, Francisco Rico, Consejo Canadiense para Refugiados, Edith Zavala, Foro Nacional para las Migraciones en Honduras y Gilma Pérez, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana.

en su conjunto y considera la responsabilidad que tienen todos los países que, de algún modo u otro, interactúan en las migraciones.

Efectivamente, el fenómeno migratorio debe abordarse desde una concepción multidimensional que incluya una de manera transversal y prioritaria una visión de derechos humanos. En todo momento los Estados deben buscar su realización considerando el principio de integralidad de los derechos humanos, es decir, respetando y garantizando tanto los derechos económicos, sociales y culturales como los civiles y políticos.

En principio, la política migratoria debe abordar los flujos mixtos de manera convergente para encontrar soluciones a la diversidad que presentan. Tales flujos pueden estar conformados por personas que solicitan asilo, refugiadas, apartidas, víctimas de la trata de personas o trabajadores migratorios, y en todos pueden viajar mujeres, niños, niñas y adolescentes, incluyendo los menores de edad que viajan no acompañados, y otras personas que requieren de atención especial como adultos mayores y personas enfermas.. También en los flujos pueden encontrarse bandas de delincuencia organizada transnacional que aumentan la vulnerabilidad de ciertos grupos de migrantes.

El fenómeno migratorio tomó relevancia cuando los gobiernos fueron encontrando en él un beneficio económico y político, tanto en lo nacional como en lo internacional. Ejemplo de ello ha sido el manejo de los fondos por transferencia de remesas, el voto desde el exterior y la exigencia del respecto de los derechos de los y las migrantes en otros países. Destaca también la firma de tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre la gestión de los flujos que transitan por ciertos países. Todos estos esfuerzos en la esfera internacional suceden en el marco de una dicotomía que hacia el interior de los países destaca el ejercicio del derecho soberano de administrar las fronteras y proteger la seguridad del Estado. En su conjunto son factores que han propiciado que los Estados adopten a las migraciones como uno de los temas prioritarios de la agenda nacional.

Frente a los enfoques anteriores, las organizaciones que trabajamos en el campo de la migración y nos enfrentamos a sus realidades vemos con especial atención que los Estados

aún no desarrollan con claridad el proceso de formulación y evaluación de la política migratoria con un sentido de derechos humanos y tampoco existe claridad sobre su contenido.

Los Estados realizan acciones dispersas que en diversas ocasiones entran en conflicto con otras políticas, nacionales o bilaterales, y que distan de ser multidimensionales, integrales y complementarias entre sí. Existe una falta de esfuerzos comunes entre los poderes al interior de los Estados. Al ser este un Seminario sobre legislación migratoria, debería considerarse el aporte y responsabilidad que tienen los legisladores de los países. El tema migratorio requiere que no sea un solo poder del estado el que se involucre en el diseño de la política y ésta no puede desarrollarse sin mirar los marcos jurídicos nacionales. En este sentido, la política migratoria migratoria en los planos nacionales y regionales tiene una limitada participación de las organizaciones civiles, sobretodo en los procesos de definición de políticas y legislación migratoria.

## **2. Un Enfoque Integral en la Gestión Migratoria**

De manera reciente, las propuestas que plantean la gestión de los flujos migratorios han cobrado una gran relevancia en el ámbito internacional y, como consecuencia, han abarcado el ámbito nacional.<sup>2</sup> Una de las primeras posiciones que sostiene la sociedad civil es que una mirada prioritaria hacia la gestión y administración de los flujos migratorios conlleva el riesgo de reducir las políticas migratorias hacia un sólo sentido, sin mirar la necesidad de políticas de cooperación y desarrollo y de la responsabilidad compartida entre los países, así como de la comunidad internacional, la iniciativa privada y la sociedad civil, a la que probablemente habría que llamar responsabilidad global.

En este sentido, sería mucho más recomendable la construcción de un modelo de gestión de la migración que esté más allá del enfoque de control fronterizo que en la mayoría de los

---

<sup>2</sup> Ejemplo de lo anterior son: la Agenda Internacional para la Gestión de la Migración de la Iniciativa de Berna, cuyo objetivo principal es asistir a los funcionarios de migraciones de los gobiernos a elaborar políticas, leyes y estructuras administrativas adecuadas en lo referente a las migraciones Otra iniciativa mundial es la Declaración de La Haya sobre el futuro de las políticas de refugiados e inmigración.

países sólo ha tenido resultados ineficientes y un sinnúmero de abusos y violaciones a los derechos de las personas migrantes, principalmente en cuanto a discriminación y el aumento de su vulnerabilidad. Se deben gestionar los flujos sin que el punto de partida sea el de la seguridad nacional. Esta propuesta de modelo de ninguna manera pretende ignorar la legítima función de los países en materia de seguridad, sino que propone abordarlas desde el enfoque de la seguridad humana, el desarrollo y los derechos humanos.<sup>3</sup>

Los Estados dan poca importancia a los resultados de monitoreos y documentación de casos realizados por la sociedad civil y que evidencian situaciones que demandan atención y que sólo están siendo abordados desde la gestión de los flujos.<sup>4</sup> Se observa una pobre existencia de registros estadísticos en cuanto al número de ¿detenciones?, deportaciones-expulsiones y repatriaciones. Ello, aunado a que tales datos deben ser transparentes y accesibles para todos.

Frente a esta visión de gestión de los flujos migratorios también se invisibilizan los principios de *buena fe* y de *presunción de inocencia* que adoptan los Estados en virtud de los tratados internacionales y de los cuales debiera derivarse un mejor trato para las personas migrantes y debiera considerárseles sujetos de derechos en todos los momentos del proceso migratorio: verificación del estatus migratorio, detención, deportación y recepción de los y las migrantes.

En esta obligación de mejorar el entendimiento a través de un modelo de gestión migratoria eficiente y respetuosos de los derechos humanos, se debe eliminar el prejuicio respecto de las personas migrantes que limita la identificación y adecuada atención a situaciones de especial atención, como las mencionadas anteriormente en la parte de flujos mixtos.

De manera decisiva la gestión migratoria debe abandonar las excesivas facultades discrecionales en la instancia administrativa responsable y compartir estas funciones

---

<sup>3</sup> Ver más en documento “Cambiando Perspectivas: de la Gestión de flujos hacia la construcción de Políticas de migración con Enfoque de Desarrollo, Documento elaborado por Sin Fronteras, 2007.

<sup>4</sup> Ejemplo de ello y frente al gran flujo migratorio son los Memorandos de Entendimiento entre los países de Centroamérica, México y Estados Unidos; los cuales tienen como consecuencia *deportaciones masivas*, cuyo se reduce a lo meramente logístico más allá de tratamiento individualizado y respetuoso del debido proceso.

también con las instancias nacionales de los países como las del trabajo, institutos de protección de mujeres y niños e instancias de procuración de justicia.

### **3. Elementos básicos para una Legislación Migratoria**

La legislación migratoria en la mayoría de los países de la CRM es limitada o aun no logra concebir con gran amplitud la complejidad del fenómeno migratorio. Se hace necesaria una actualización o modificación integral de los marcos jurídicos en la materia. Si bien han habido algunos esfuerzos por realizar propuestas entre la sociedad civil y los gobiernos, se hace latente la ausencia de los Estados en profundizar y llevar a cabo reformas que lleven a un mejoramiento en beneficio principalmente de las personas migrantes, el desarrollo, los derechos humanos, la seguridad y la gestión migratoria.

Respecto de los elementos fundamentales que la legislación migratoria de manera reiterada los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han señalado la importancia de que procedimientos administrativos o judiciales en los que se vean involucrados los y las migrantes deben de cumplir con el derecho al debido proceso.

De manera breve amplia el debido proceso es un principio procesal y sustantivo que contiene ciertas reglas intrínsecas e interdependientes que deben garantizarse a toda persona cuando se enfrenta al poder coercitivo de un Estado. El debido proceso establece las reglas mínimas para llevar a cabo un procedimiento tendiente a asegurar un resultado justo y equitativo, independientemente de la naturaleza del mismo.

Uno de los principios que complementan la visión ante la aún ausencia de marcos jurídicos adecuados es la adopción del principio *pro homine*,<sup>5</sup> como el arma fundamental que sirva

---

<sup>5</sup> El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Pinto Mónica, El principio pro homine, Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.

para orientar la interpretación de las normas y la aplicación del derecho. Frente a un panorama donde no existan al momento normas que atiendan en su modo más integral el complejo fenómeno migratorio, se hace indispensable privilegiar tal principio en la práctica de las autoridades. Debe permear tanto en la toma de decisiones como en las acciones más concretas de aquellos que entrevistan o custodian a la población migrante. Este principio debe estar presente en distintos niveles y sectores gubernamentales en el tratamiento que se hace a los migrantes.

De cara a esta iniciativa de tener un seminario sobre legislación las políticas y procedimientos migratorios, deben mostrar un desarrollo progresivo y atender a las necesidades más precisas que por países se tenga.

Uno de los principales retos que observa la sociedad civil en cuanto a la posibilidad de progresar en materia de legislación migratoria es aquella que tiene que ver con el entendimiento de los conceptos adecuados que se relacionan a la migración. Lo anterior, para evitar utilizarlos de un modo que no favorezcan el mejor trato para las personas que migran. Ejemplo de ello ha sido la persistente confusión entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, así como el concepto que se utilizó en el presente Seminario, *no nacionales* para referirse a las personas migrantes.

Uno de los principales avances en materia de legislación es la postura de algunos países que están concientes de que penalizar la migración irregular trae un costo mucho más alto que considerarlo como una falta administrativa. Otro de los avances que podríamos mencionar es la exención que algunos países han establecido en su legislación interna para aquellos que no puedan pagar los trámites que se generan al mantener su estatus migratorio regular.

Para la migración internacional, en la mayoría de las legislaciones se contemplan calidades migratorias muy rígidas y, frente a la dinámica de las economías nacionales, es casi imposible que los trabajadores migratorios puedan caer en algunos en los supuestos establecidos para mantener su estatus migratorio regular; o bien, se presentan los casos donde por sus características están en más de un supuesto de calidad migratoria. Por

ejemplo, la calidad migratoria de refugiado con alguna otra. Lo anterior evita la posibilidad de los trabajadores migratorios a tener un empleo o realizar alguna actividad diferente, como la poder continuar desarrollando capacidades.

Cabe hacer mención que pocos de los países que participan en la CRM, a pesar de que la mayoría son parte de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, han realizado la adecuación para establecer una calidad migratoria amplia que se refiera al trabajador por cuenta propia, la cual debería ser considerada e implementada en los países de la región.

Por otro lado, hace falta que los marco jurídicos puedan reducir los márgenes de discrecionalidad que tienen los funcionarios de los Estados en el manejo de la ley y su política migratoria. Es evidente que estos espacios han contribuido en que se realicen actos de corrupción y se generen arbitrariedades. Con frecuencia se reportan casos de mandos cuyo contacto es directo con las personas migrantes y el manejo de la discrecionalidad es utilizada como chantaje o para encubrir delitos. Para ello, se hace necesario incentivar la capacitación e investigar todos los actos que denuncien los migrantes, las comisiones públicas de derechos humanos y las propias organizaciones de la sociedad civil.

Finalmente es de suma relevancia atender el carácter complementario del derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y del derecho internacional humanitario.

#### **4. Recomendaciones para el mejoramiento de la legislación en materia de refugiados y apátridas**

Cuando hablamos de solicitantes de asilo nos referimos a un grupo particularmente vulnerable respecto al resto de la población migrante. Los instrumentos internacionales sobre refugiados en el momento de concepción no señalaron las reglas procedimentales con las cuales se deberían regir el reconocimiento de la condición de refugiado. A pesar de ello,

mencionan la *no devolución* y la *no sanción por ingreso irregular*. Esta situación se hace una necesidad para los países de la CRM.

Si bien la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha desarrollado consultas y ha expresado conclusiones para forjar un marco procedimental específico en materia de asilo,<sup>6</sup> son pocos los Estados que han sido capaces de incorporarlos en su legislación. En algunos países de la CRM se ve con preocupación que el asilo no se considera un derecho humano a pesar de que desde su concepción lo es<sup>7</sup> y de que los instrumentos internacionales de derechos humanos así lo establecen.<sup>8</sup> Por su parte, la doctrina desarrollada en este tema aprecia al asilo como la figura rectora que denomina la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de la persona perseguida.<sup>9</sup> En este sentido, la legislación sobre refugiados debe comprender este derecho humano y materializar el acceso efectivo a la protección a través del reconocimiento de la condición de refugiado.

Al mismo tiempo ha sido expresado de manera reiterada por los organismos internacionales, sociedad civil y expertos que la definición de refugiado sea amplia y unificada bajo el amparo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1954) y de su Protocolo Adicional (1967). En el caso de los Estados de la CRM, adicionalmente deben contemplar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984). En conjunto, y reiterando la posición internacional que se ha tenido del tema, se insiste en la necesidad de que la materia del asilo está íntimamente

---

<sup>6</sup> Nos referimos a la Conclusión No. 8 (XXVIII) de 1977 y Procedimientos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes (EC/GC/01//12) de 2001.

<sup>7</sup> Algunos países los han desarrollado a nivel Constitucional: Estados Unidos, Francia, Nueva Zelanda, Australia, Ecuador y España.

<sup>8</sup> Un importante número de países del continente americano lo han consagrado a nivel constitucional. También se ha incluido en las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

<sup>9</sup> Para mayor referencia consultar, “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis Crítico del Dualismo “Asilo Refugiado” a luz del derecho internacional de los derechos humanos”, Coordinado por Leonardo Franco, Argentina, 2003.

relacionada con el derecho internacional de los derechos humanos, de los refugiados y el humanitario.<sup>10</sup>

Se deben incorporar en las legislaciones sistemas de elegibilidad claros para las solicitudes de la condición de refugiado pues tal ausencia tiene repercusiones dirigidas hacia la obtención de un reconocimiento o bien incluir alguna medida estatal que deje al solicitante en estado de indefensión. Podrían mencionarse algunos países en donde el sistema de elegibilidad no se hace a través de mecanismos *ad hoc*, casi siempre administrativos, sino de modo jurisdiccional, sobretudo los instaurados con sistemas acusatorios adversariales. Sin embargo denota la ausencia de algunas leyes en cuanto al debido proceso.

La falta de expresión del tema de los refugiados en las normas de los países ha traído además consecuencias en casos de solicitantes de la condición de refugiado en centros de detención de migrantes; situaciones de “limbo jurídico” para solicitantes de la condición de refugiado no reconocidos, que agravan su vulnerabilidad y la dilación en el proceso genera desistimiento y abandono del solicitantes. Por su parte, dicha ausencia no permite a los solicitantes obtener un permiso temporal de trabajo ni de acceso a sus derechos civiles y sociales. Debe de hacerse una propuesta además en sentido de brindar a todas las personas solicitantes la inclusión como refugiados.

Para el caso de los apátridas, no existe un desarrollo en las legislaciones en la región y en todo caso se recomienda visibilizar la problemática y avanzar en su descripción y protección.

## **5. Consideraciones sobre las *Personas Menores de Edad***

Uno de los sectores que con cada vez mayor frecuencia toman importancia para las migraciones es el de las personas menores de edad. Los flujos migratorios en donde se

---

<sup>10</sup> El sistema interamericano de derechos humanos, a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han expresado de modo recurrente protección hacia refugiados. Ver voto razonado Cançado Trindade: *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana; Masacre del Plan de Sánchez y sentencia Comunidad de la Paz de San José de Apartadó.*

involucran pueden situarlos en condiciones más vulnerables de las que de por sí presentan. Uno de los principales principios en cuanto derechos humanos de esta población es el interés superior del niño, mismo que debería aplicarse tanto en la legislación como en todo el proceso migratorio (reunificación, unidad familiar, protección, no revictimización, entre otros).

Para este apartado el desarrollo conceptual en la legislación debe también abarcar los términos: niño, niña y adolescente, los cual en algunos países ya han sido objeto de desarrollo normativo. Por su parte, la adopción de acuerdos bilaterales o multilaterales se limitan a ser sólo logísticos, dejando por fuera la recepción, su reinserción y las causas que motivaron la migración de niños, niñas y adolescente. En este supuesto, vemos que una vez que la legislación migratoria de los países entiendan la atención necesaria para este especial sector de personas migrantes, disminuirá la invisibilidad que permanecen en cuanto infancia.

## **6 Conclusiones Particulares de la Sociedad Civil en cuanto al Desarrollo de una Legislación con Perspectiva de Derechos Humanos:**

Los Estados con verdadero compromiso por mejorar su legislación en materia migratoria deben de considerar que:

- Las políticas migratorias deben de ser flexibles e irse adaptando a la evolución del fenómeno migratorio y a las necesidades de las sociedades involucradas, de manera especial deben realizarse desde un sentido integral de los derechos humanos y multidimensional.
- Los Estados son, en materia de derechos humanos, sujetos pasivos frente a las personas. En consecuencia, su soberanía no es absoluta.
- Las realidades nacionales por complejas que sean y únicas que parezcan no pueden ser utilizadas como obstáculos ante el reconocimiento de los derechos humanos.

- Las legislaciones deben explicitar la protección de los derechos humanos de los migrantes y que integre los principios del *corpus juris* internacional de instrumentos de derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados.
- La normatividad de los Estados debe cumplir con el propósito de constituir conceptos adecuados que tienen que ver la materia migratoria al mismo tiempo que contenga garantías de integración civiles y sociales de las personas migratorias y sus familiares.
- Las legislaciones deben de ir adecuado márgenes reducidos de discrecionalidad y establecer claramente los principios *pro homine; buena fe; presunción de inocencia, interés superior del niño*.
- Las se garantizarán los derechos a la legalidad, la igualdad y seguridad jurídica, la defensa, al desarrollo económico, social y cultural de los migrantes y sus familiares. Se recomienda además:
  - no penalizar las infracciones migratorias,
  - facilitar la migración regular,
  - evitar normas que puedan ser discriminatorias y garantizar el enfoque de género y edad.