

LA MIGRACIÓN FORZADA DE COLOMBIANOS A LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DEL NORTE

—Del asilo y otras medidas de protección—

*Alma Clara García**

RESUMEN

El conflicto colombiano —el más antiguo de América— ha sido la causa determinante de la salida del país de miles de personas que se han visto afectadas en una u otra forma por el mismo. Aunque las mayores víctimas han sido los habitantes de las zonas rurales que a causa de la violencia han dejado tierras, cultivos, animales, fincas y pueblos para integrar los ejércitos de desplazados por todo el país, la población urbana también lo ha sentido.

No son pocos los políticos, estudiantes, profesores, abogados, ganaderos, industriales, comerciantes, sindicalistas, amas de casa, ancianos y niños que en carne propia han visto cómo se deterioran sus condiciones de vida, cuando se convierten en víctimas de persecución o de amenazas por parte de alguno de los grupos armados en conflicto. Cuando la situación se torna insostenible, muchos de ellos al igual que sus compatriotas del campo, se ven *forzados* a trasladarse a otros sitios y/o a pedir protección fuera del país.

Este artículo examina desde un punto de vista socio-jurídico, algunas medidas de protección que contemplan tanto la legislación internacional como la legislación interna y la jurisprudencia norteamericanas, hacia situaciones de indefensión como la que sufren

Fecha de recepción: 17 de marzo de 2004

* Abogada laboralista. *Visiting Scholar* en el Instituto de Estudios Latinos de la Universidad de Notre Dame.

muchos *migrantes forzados* colombianos que huyen hacia los Estados Unidos de América.

Se analizan las figuras del refugio, el asilo; la suspensión de la remoción y sus procedimientos pertinentes, desde la óptica de las normas legales aplicables a casos concretos y desde los lineamientos de la jurisprudencia. Se hace énfasis en los límites de aplicabilidad de dichas regulaciones, dentro de la realidad sociopolítica norteamericana en la era pos 11 de septiembre.

Palabras claves: conflicto colombiano, migración forzada, refugiados, deportación, derecho internacional, asilo, detención ilegal.

ABSTRACT

The Colombian conflict —the oldest in America— has thrown many people abroad, especially during the last five years. The victims have been, and are, anybody who represents an obstacle for the purposes of any of the armed forces in conflict. The spectrum is the wide-ranging: from peasants to landowners passing by politicians, business people, intellectuals, union-leaders, housewives and even children.

When the situation becomes extremely dangerous, they do not have any other choice than leave their towns, farms, lands, cities, houses, jobs, family and friends. Some of them will integrate groups of displace people within the country, losing consequentially their traditions and increasing poverty, in shantytowns around the main cities.

Others will seek for protection in other countries. The majority have been persecuted or threatened, and feel defenseless.

All of them are considered forced migrants in the sense that they did not chose to leave freely, rather the situation forced them to flee.

This article is about those who leave the country to the United States and the possibilities they have to get protection in that country according to International regulations about refugees and internal legislation and jurisprudence about asylum, removal procedures and withholding of removal.

This analysis combines existing regulations and Court decisions with some homeland security measures that are commanding today the treatment of foreigners after the September 11 attacks.

Key words: *Colombian conflict, forced migration, refugees, deportation, international law, asylum withholding of removal.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

EL ASILO. UNA APROXIMACIÓN HUMANA

EL ASILO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. PODER DISCRECIONAL PARA CONCEDERLO

SOLICITANTES DE ASILO HAITIANOS VS. LOS “PIES SECOS” CUBANOS. EJEMPLO DE TRATAMIENTO DIFERENTE

DIFERENCIAS ENTRE ASILO Y REFUGIO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DEL NORTE

EL PROCESO DE ASILO Y EL PROCESO DE REMOCIÓN. SOLICITUDES AFIRMATIVAS Y DEFINITIVAS DE ASILO

PRUEBA DEL PROTOTIPO DE REFUGIADO

LA PERSECUCIÓN

EL MIEDO DE PERSECUCIÓN. CARACTERÍSTICAS

EL MIEDO DE PERSECUCIÓN DEBE SER BIEN FUNDAMENTADO

LOS MOTIVOS DE PERSECUCIÓN

LA OPINIÓN PÚBLICA

LA PERTENENCIA A DETERMINADO GRUPO SOCIAL INCAPACIDAD O RENUENCIA PARA REGRESAR AL PAÍS DE NACIONALIDAD O RESIDENCIA, EN RAZÓN A LA PERSECUCIÓN SUFRIDA O POR MIEDO A SER OBJETO DE PERSECUCIÓN FUTURA

EL PROCESO DE REMOCIÓN

CAUSALES DE REMOCIÓN

RECURSOS O MEDIDAS DE ALIVIO DENTRO DEL PROCESO

DE REMOCIÓN. PODER DISCRECIONAL

- La solicitud de asilo dentro del proceso de remoción
- La salida voluntaria dentro del proceso de remoción
- El ajuste de estatus dentro del procedimiento de remoción
- La cancelación de la remoción dentro del proceso del mismo nombre
- La suspensión de la remoción dentro del proceso del mismo nombre

DECISIÓN EN EL PROCESO DE REMOCIÓN

PROCEDIMIENTOS EXTRAORDINARIOS. ASILO Y/O REMOCIÓN EN EL PUERTO DE ENTRADA

LA ESTABILIDAD SOCIAL COMO DIFERENCIA ENTRE ASILO Y SUSPENSIÓN DE LA REMOCIÓN

INTRODUCCIÓN

La salida de colombianos hacia el exterior y en especial hacia los Estados Unidos de Norte América¹, es consecuencia en su mayoría de las circunstancias políticas, sociales y económicas derivadas del conflicto armado. El conflicto afecta colectiva e individualmente parte considerable de la población colombiana, especialmente quienes habitan ciertas ciudades y determinadas zonas rurales. Muchos de ellos se ven *forzados* a desplazarse y otros a salir del país.

Aunque millones de personas en todo el mundo han sido forzadas a emigrar de sus países de origen por causas que van desde guerras civiles hasta desastres

1 Colombia ha tenido uno de los mayores flujos migratorios de Sur América en los últimos años, con un aumento del 65% desde el año 1996. *Turning the Colombian brain drain into a brain gain: a study of attitudes among Colombians living in the United States*, Departamento Internacional y de Asuntos Públicos de la Universidad de Columbia. Proyecto de taller aplicado dentro del programa MPA, abril de 2002. Asimismo, estadísticas del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) indican que en 1999 migraron 224.840 colombianos y en el año 2000 este número aumentó a 1'140.000 personas. Este promedio se mantuvo en el año 2001 y descendió muy poco en el 2002, periódico *El Tiempo*, julio 30 de 2002.

naturales, el estatus de *migrantes forzados* no es reconocido uniformemente dentro de los países receptores. En el mejor de los casos sus circunstancias personales se ajustarán a las normas internacionales aplicables a los refugiados o serán reconocidos como asilados, de acuerdo con las normas internas. En el peor de los casos no encuadrarán en ninguna de las anteriores y serán tratados como inmigrantes ilegales potencialmente deportables².

La Convención/51 de la Organización de las Naciones Unidas para refugiados y el Protocolo/67 sobre el mismo tema, establecen que *refugiado* es aquél que se encuentra en capacidad de demostrar miedo de persecución (bien fundamentado) que le impide regresar a su país de residencia o nacionalidad, en razón de que allí ha sido perseguido directa y personalmente (por el ente gubernamental o por otras fuerzas que el gobierno no puede o no quiere controlar) en razón de su raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado.

A pesar de que la realidad de la migración internacional de finales del siglo XX y comienzos del XXI demuestra que cada día es más reducido el número de personas que cumple los requisitos normativos previstos inicialmente para las poblaciones de refugiados de la II Guerra Mundial, sus regulaciones se encuentran todavía vigentes. De allí que el texto de la Convención/51 desconozca que la mayoría de los 125 millones de migrantes internacionales que deambulan actualmente por el mundo, huyen de conflictos armados, de la violencia generalizada, de la profunda inseguridad social y económica en sus países de origen y de otras graves fallas de desgobierno³.

2 "Forced migration is a worldwide phenomenon which has reached disturbing proportions at the end of the twentieth century.

... While the number of Convention refugees has declined, the number of individuals in refugee-like situations has grown considerably. Convention refugees constitute only a small part of today's estimated 125 million international migrants, many of whom are forced to move on account of a variety of artificial disasters, including armed conflict, persecution, severe economic insecurity, environmental degradation, or other grave failures of governance.. " HELTON, ARTHUR C. and ELIANA JACOBS, "What is Forced Migration?", *Georgetown Immigration Law Journal*, Summer, 1999, 13 *Geo.Immigr.L.J.*521.

3 *The Bureau of Population, Refugees and Migration of the United States Department of State has acknowledged the current insufficiency of the conventional definition of refugee. In its report to the Congress for fiscal year 2003, it claimed that refugee status based on those five protected categories (race, religion, nationality, political opinion, or membership in a particular social group) "...precludes eligibility for hundreds of thousands of individuals in compelling humanitarian circumstances who did not directly experience persecution or whose fears are not based on (them) ... Many of these individuals fled civil disorder or generalized violence and remain in precarious situations without obvious durable solution". It further mentioned, "... We are already engaged in a review of existing statutory requirements for U.S. refugee admission with a goal of ensuring access to those most in need of humanitarian protection and may need to consider the possibility of legislative changes..."*, (*Proposed Refugee Admissions for FY 2003-Report to the Congress, September 2002*).

En la medida en que la protección de esta población no esté contemplada en instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento, resulta más fácil ignorar su connotación humanitaria y tratarlo única y exclusivamente como un problema político. Una vez reducido a esa dimensión, sólo saldrán bien librados los nacionales de países a los que el Estado receptor tenga interés en proteger. De allí la existencia de programas como el Estatus de protección temporal (TPS) o la Salida voluntaria extendida (EVD), implementados por Estados Unidos de América a favor de nacionales centroamericanos pero rechazados para los colombianos.

EL ASILO. UNA APROXIMACIÓN HUMANA

El *migrante forzado colombiano* que solicita asilo en Estados Unidos de América no sólo deja atrás una situación de inseguridad, de peligro constante y de persecución, sino que también se despide de su medio ambiente familiar, social, laboral y más profundamente, del lugar donde nació o vivió toda la vida y que consideraba tan suyo y tan irremplazable como su propia piel. Su país. El país de sus olores, colores y sabores. El país de su identidad y de su nacionalidad, al que no podrá volver mientras esté asilado, so pena de perder el estatus.

El asilo protege al perseguido contra la constante conciencia de peligro a su alrededor que le impide vivir tranquilo y a gusto en su país, pero también lo lanza con un permiso de trabajo a probar sus capacidades adaptativas y de sobrevivencia en un medio desconocido donde a veces es más importante, el color de la piel para no sentirse discriminado de entrada, que la educación, experiencia y méritos de su vida pasada.

EL ASILO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. PODER DISCRECIONAL PARA CONCEDERLO⁴

El asilo no es un derecho del solicitante, ni un deber del Estado receptor. Es ante todo el resultado de un procedimiento preestablecido en el que se ve involucrado el extranjero que solicita protección en el territorio estadounidense, por cuanto en un momento dado no le es dable regresar al país donde reside. Del reconocimiento discrecional que hagan las autoridades acerca de las circunstancias individuales

4 *During fiscal year 2000, the Asylum Officer Corps completed work on 58,428 claims and adjudicated about 65 percent (37,897) of them... The number of cases granted in 2000 was 16,549, representing 43.7 percent of the cases adjudicated...The leading countries of nationality were the People's Republic of China (2,514 granted cases), Somalia (1,678), Ethiopia (1,246), and Colombia (1,164) 2001 Statistical Yearbook.*

que afectan la vida del extranjero, puede derivarse (o no) su estatus jurídico de asilado.

El ámbito del proceso de asilo se desarrolla entre la actividad probatoria del solicitante (quien tiene la carga de la prueba de las circunstancias que lo han afectado y que lo pueden afectar en el futuro) y el poder discrecional de los funcionarios administrativos y/o judiciales, para otorgarlo⁵.

La delimitación del ejercicio del poder discrecional de los funcionarios que tienen en sus manos el reconocimiento del asilo no ha sido fácil, en la medida en que a través de los tiempos han primado intereses políticos sobre la protección a los seres humanos en peligro. La lucha por la exclusión de razones políticas en la valoración de los casos de asilo, se ha librado en los Estados Unidos a través de decisiones judiciales sobre casos concretos. La demanda de *American Baptist Churches vs. Thornburgh* por ejemplo, abrió la posibilidad de otorgar asilo a individuos que se encontraban huyendo de sus países en razón de la persecución ejercida contra ellos por sus propios gobiernos, aunque dichos gobiernos eran apoyados políticamente por Estados Unidos de América. Esto sucedió con los salvadoreños y los guatemaltecos en la década de los años ochenta⁶.

Siguiendo el criterio que busca la exclusión de razones políticas en la valoración de las circunstancias del petente, se han establecido normas y procedimientos dirigidos a incentivar la formación de una nueva cultura de funcionarios imparciales, que deben concentrarse en la situación particular del solicitante y no en la política exterior estadounidense hacia su país⁷.

5 8 CFR 208.14 (1991) indica que en ejercicio del poder discrecional, tanto el juez como el oficial de inmigración pueden negar el asilo a un aplicante que cualifique como refugiado bajo la Ley de inmigración y nacionalización - INA 101(a)(42), si consideran que la concesión de asilo a dicho individuo no es apropiada. Lo anterior, obviamente fuera de las causales de denegación legalmente obligatorias: condena por delito grave y riesgo para la seguridad de Estados Unidos de América.

6 *Salvadoran and Guatemalan citizens in the United States filed this action against Defendants, Richard L. Thornburgh, on behalf of the United States Department of Justice, Gene McNary, on behalf of the INS, and James A. Baker III on behalf of the United States Department of State, raising, among other issues, systemic challenges to the processing of asylum claims filed by Salvadorans and Guatemalans. Refugee Law and Policy. A Comparative and International Approach. Second edition*, KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE and RICHARD A. BOSWELL, págs, 83-84.

7 El manual interno utilizado por los oficiales de asilo dice que la política exterior no se debe tomar en cuenta en el ejercicio del poder discrecional a menos que exista una directiva escrita proveniente de sus superiores. *Asylum Branch U.S. Immigration and Naturalization Service, Basic Law Manual: Asylum 46-47 (1991)*, citado por el anterior de GREGG A. BEYER, *Affirmative Asylum Adjudication in the United States*, 6 Geo. Immigr. L.J. 253, 267 n° 80 (1992).

Según DEBORAH E. ANKER lo anterior ha hecho posible un nuevo y afirmativo procedimiento que involucra una serie de funcionarios que tienen clara la diferencia entre las circunstancias que rodean la petición de asilo y los procedimientos ordinarios de inmigración. Se busca que las decisiones de estos funcionarios, tengan como fundamento razones humanitarias y no criterios de política exterior⁸.

Sin embargo, no todo ha sido color de rosa y en la práctica factores endógenos y exógenos especialmente en la era *post* 9/11, continúan afectando negativamente el otorgamiento de asilo⁹.

SOLICITANTES DE ASILO HAITIANOS vs. LOS “PIES SECOS” CUBANOS. EJEMPLO DE TRATAMIENTO DIFERENTE

Este es un punto muy sensible de la política exterior norteamericana en la medida en que establece diferencias en el tratamiento a los nacionales de dos países vecinos como son Cuba y Haití. En tanto que las fronteras de Estados Unidos de América se cierran para los haitianos quienes son tratados como inmigrantes ilegales, los cubanos que ingresan al país en las mismas circunstancias, son tratados prontamente como asilados de acuerdo con *The Cuban Adjustment Act of 1966*. Esta normativa denominada popularmente “pies secos, pies mojados” establece una especie de derecho de permanencia condicional o *parole* que se otorga en forma inmediata a los nacionales cubanos y a sus familias, cuando *pisan* tierra estadounidense (pies secos) excepción hecha de quienes hayan cometido delitos¹⁰.

El derecho de permanencia condicional tiene efectos similares a los del asilo pues quienes obtienen dicho beneficio, se les otorga permiso de trabajo y pueden

8 DEBORA E. ANKER, *The law of Asylum in the United States* 35 (2d ed., 1991) citado por JOAN FITZPATRICK y ROBERT PAUW en su artículo *Foreign Policy, Asylum and Discretion – Symposium on Refugee Law: Issues and Developments*. *Willamette Law Review* 28: Fall, 1992.

9 *During fiscal year 2000, the asylum Officer Corps completed work on 58,428 claims and adjudicated about 65 percent (37,897) of them (table 250). The number of cases granted in 2000 was 16,549, representing 43.7 percent of the cases adjudicated compared to the 38.5 percent approval rate in fiscal year 1999. The granted cases included 22,861 individuals- principals, spouses, and children (tables 27 and 28). The leading countries of nationality were the People’s Republic of China (2,514 granted cases), Somalia (1,678), Ethiopia (1,246), and Colombia (1,164) (table 27).*

10 El término *parole* se utiliza tanto en derecho penal como en derecho migratorio. En derecho penal, para designar la libertad bajo palabra y en derecho migratorio, me atrevo a traducirlo como permanencia bajo palabra, que en estricta referencia a la admisión de extranjeros a Estados Unidos de América, sería algo así como *permanencia condicional*.

aplicar para residencia permanente, después de un año de ser admitidos en Estados Unidos de América¹¹.

Los haitianos por su parte, cuando logran entrar a aguas territoriales estadounidenses son detenidos aun cuando presenten solicitud de asilo, caso en el cual su detención se prolonga hasta tanto se resuelva su situación. Este tipo de detención mediando solicitud de asilo no se ha implementado hasta ahora, para los nacionales de ningún otro país del hemisferio.

Lo anterior contrasta con la *parole* que reciben los cubanos en forma inmediata, luego de un interrogatorio de rigor.

Por otro lado, aunque el tratado de interdicción en alta mar entre Haití y Estados Unidos de América y el acuerdo con Cuba de 1990, establecen por igual que los nacionales de dichos países que sean detectados en alta mar, deben ser devueltos a su país de origen, (pies mojados) es innegable que mientras los cubanos *entran sin ser vistos* y pisan la playa (pies secos) los haitianos casi siempre son detectados en el mar y una vez detenidos, son confinados en Guantánamo (fuera del territorio de Estados Unidos de América) hasta que se resuelve si tienen o no calidad de refugiados¹².

11 La inmigración a Estados Unidos de América proveniente de Cuba antes de la ley de ajuste, estaba concebida como un fenómeno temporal que se manejaba a través de un programa preferencial de refugiados aplicable a quienes salieran de la isla. Este tratamiento hacia Cuba como país comunista, no fue diferente del que recibieron por parte de Estados Unidos de América quienes huyeron de la Unión Soviética y de los demás países del bloque comunista, durante la época de la *Cortina de Hierro*. Aunque la ley de ajuste fue promulgada en 1966, sólo se hizo efectiva en 1975 cuando el Gobierno NIXON dio por terminado el programa de refugiados. La razón de esto tiene que ver con que la mayoría de los cubanos prefería acogerse a la protección del programa de refugiados que otorgaba vivienda y manutención gratis, antes que asumir los derechos y deberes de la residencia y posterior ciudadanía estadounidense que otorgaba la ley de ajuste.

Después de numerosos incidentes y pérdida de vidas humanas, Estados Unidos de América y Cuba sin dejar de aplicar la ley de ajuste, se comprometieron a racionalizar la inmigración, mediante la firma de una serie de acuerdos que propendían hacia la inmigración legal de cubanos (con establecimiento de cuotas y prerrogativas familiares) y a mediados de la década del noventa se acordó la devolución de los cubanos que fueran interceptados en el mar por las autoridades estadounidenses.

12 *Attorney General JOHN ASHCROFT has ruled that illegal immigrants who have not known links to terrorist groups can be detained indefinitely to address national security concerns. In reference to people from Haiti, Mr. ASHCROFT did not argue that the man was a security threat, but said that his release and that of others like him "would tend to encourage further surges of mass migration from Haiti by sea, with attendant strains on national security and homeland security resources" ...the detained Haitian immigrants ...scrambled to shore last Oct. 29 along with more than 200 other Haitians... (many of them) ... applied for political asylum... (some of them) ...have been released on bail, but Mr. ASHCROFT's decision will ensure that the rest remain in detention until claims for asylum are decided..."* Illegal Aliens Can Be held Indefinitely, ASHCROFT Says, *The New York Times*, Saturday, April 26, 2003, pág. A 12.

DIFERENCIAS ENTRE ASILO Y REFUGIO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DEL NORTE

El asilo, el refugio y la suspensión de la remoción (antes deportación) se incluyeron por primera vez en la Ley de refugiados de 1980 aunque los principales aspectos procedimentales del asilo fueron regulados sólo hasta 1996 con la Ley de reforma de la inmigración ilegal y de responsabilidad del inmigrante, (IIRIRA) que establece a grandes rasgos, lo siguiente:

- i) La solicitud de asilo debe llenarse dentro del año siguiente al ingreso del extranjero a Estados Unidos de América.
- ii) No se concederá ningún beneficio migratorio hacia el futuro a quienes presenten solicitudes de asilo infundadas.
- iii) Quienes hubieren sido acusados de terrorismo o hubiesen cometido un delito de aquéllos calificados como *graves*, no podrán beneficiarse del asilo.
- iv) Se unifican los procedimientos de *deportación* y de *exclusión* en el *procedimiento de remoción*, con el objeto de inadmitir o expulsar extranjeros del territorio estadounidense¹³.

Los *migrantes forzados* colombianos que salen del país por razones políticas reflejan el conflicto colombiano en el exterior, cuando solicitan protección mediante el asilo, el refugio o la suspensión de la remoción.

Estadísticas recientes indican que de las 40.686 nuevas solicitudes de asilo recibidas en Estados Unidos de América durante el año fiscal 2000 (1° de octubre 1999 a 30 de septiembre de 2000) 2.728 solicitudes fueron presentadas por personas provenientes de Colombia¹⁴.

13 Con anterioridad a IIRIRA las personas consideradas inadmisibles por las autoridades, eran puestas en lo que se denominaba *procedimiento de exclusión*. Por su parte, las personas admitidas al país pero que posteriormente violaran una norma de inmigración (permanecían después del vencimiento de visa, por ejemplo) eran puestas en lo que se denominaba *procedimiento de deportación*. A partir de IIRIRA las personas que se encuentren en esos dos tipos de situaciones son puestas en lo que se denomina *procedimiento de remoción*. IIRIRA también eliminó el término *entrada por admisión y/o admitido/da*. *Immigration and Nationality Act -INA* § 240, 8 USC § 122a (2001) e INA § 101(a)(13)(C). 8 USC § 1101(a)(13)(C)(2001).

14 *The number of (received) cases increased 23 percent from the 38,091 cases filed in 1999. There were sharp increases in filings by nationals from Colombia, China, Haiti, Mexico, and Armenia. 2000 Statistical Yearbook INS, page 86.*

Quienes soliciten *asilo* en Estados Unidos de América deben cumplir con los requisitos exigidos para ser considerados *refugiados* de acuerdo con las normas internacionales (Convención/51 y Protocolo/67) y nacionales (Ley/80). Además deben encontrarse dentro del territorio estadounidense.

Reglamentariamente todos los asilados son refugiados pero no todos los refugiados son asilados. Ello se explica por cuanto todos los petentes de asilo deben cumplir además de otros requisitos, las condiciones necesarias para encuadrar dentro de la definición internacional de refugiado. Los refugiados en cambio, sólo se deben adecuar a dicha definición y encontrarse fuera del territorio, cuando soliciten la protección.

Esta diferencia locativa se fundamenta jurídicamente en el sentido de que el *refugio* obedece a un criterio universal de protección de la persona humana, que urge a los estados signatarios de la Convención/51 y del Protocolo/67 (al menos en la letra) a iniciar acciones inmediatas de protección, como no reenviar o *nonrefoulement* a la persona al país donde afirma ser perseguida. El *asilo* por su parte, entra dentro del ámbito de competencia exclusiva del Estado para regular la permanencia de extranjeros *en riesgo* dentro de su territorio, bajo las condiciones que establezca el derecho interno.

Los refugiados reciben protección generalmente antes de arribar al país, en campos especiales o en otros sitios o países. Una vez en Estados Unidos de América se les otorga permiso de trabajo en forma inmediata y aunque tienen que rembolsar posteriormente el valor del transporte desde el exterior, se les concede gratuitamente a lo largo de un mes, habitación, comida, educación (para los hijos y cursos de inglés), gastos médicos (hasta seis meses) y finalmente la agencia que tenga a su cargo su ubicación, se encarga de conseguirles trabajo lo más rápido posible.

A diferencia de los refugiados, los solicitantes de asilo ingresan al territorio por su propia cuenta y no reciben ayuda de ninguna autoridad gubernamental. Sólo obtienen autorización de trabajo (previa petición) después de 180 días de haber presentado la solicitud de asilo, cosa que deben hacer dentro del año de ingreso al país. Por otro lado, únicamente tendrán beneficios de educación y salud cuando gocen del estatus definitivo de asilados, cuyo proceso puede tardar más de un año y está limitado a 1.000 concesiones anuales.

Algunas organizaciones no gubernamentales han propuesto sin éxito legislativo hasta el momento, que el tratamiento a los asilados sea por lo menos similar al de

los refugiados ya que en ambos casos, se trata de personas en situación de desamparo¹⁵.

El enfoque en la seguridad de Estados Unidos de América en esta era *post* 9/11 no sólo ha afectado a los solicitantes de asilo (caso haitiano) sino también a un número considerable de refugiados. Se calcula que más de veinte mil refugiados previamente aceptados como tales, no habían podido viajar al país en el año 2003 por el retardo producido por los chequeos de los organismos de seguridad¹⁶.

EL PROCESO DE ASILO Y EL PROCESO DE REMOCIÓN. SOLICITUDES AFIRMATIVAS Y DEFENSIVAS DE ASILO

Será *afirmativa* la solicitud de asilo efectuada por quien tenga permiso o visa de estadía en Estados Unidos de América y será *defensiva* si carece de alguno de ellos.

La solicitud afirmativa se presenta como regla general, por iniciativa individual y por vía administrativa ante el *bureau* de ciudadanía y servicios de inmigración (antiguo INS). En este evento, la decisión que niegue el asilo es inapelable.

La solicitud defensiva tiene lugar cuando el extranjero solicita el asilo dentro del proceso de remoción (antes deportación). Aquí la decisión desfavorable es susceptible de apelación ante la junta de apelaciones de inmigración y puede ser revisable ante la Corte¹⁷.

En los dos casos, el petente tendrá que probar que cumple los requisitos exigidos para los refugiados.

15 Existe la posibilidad de que el asilo se otorgue en un principio condicionalmente y posteriormente se reconozca el estatus definitivo. Una de las ventajas del reconocimiento condicional es que no está sujeto a topes anuales, pero el beneficiario no puede gozar de los derechos inherentes al estatus, sino hasta que el reconocimiento sea definitivo.

16 *State Department officials, who oversee the refugee program, say they are working hard to move the refugees through the pipeline. So far, no terrorists have been found among the refugees screened and approved by the immigration officials, a senior State Department official said... Officials in government and resettlement agencies blame the delays mostly on the backlogs in the new security checks, which require the FBI and the CIA to review the names of refugees fleeing countries considered breeding grounds for terrorists.* U.S. Security Backlog Strands Many Refugees in Camps Abroad. *The New York Times*, Wednesday, June 4, 2003.

17 Si el solicitante afirmativo de asilo, se encuentra en forma legal en el territorio estadounidense, la negación del asilo por parte del INS, no modifica su estatus anterior y por ello es inapelable y no genera procedimiento de remoción contra el solicitante, mientras conserve su estatus. Ahora bien, si el solicitante afirmativo pierde su estatus después de iniciado el procedimiento, la negación del asilo conduce a la iniciación del proceso de remoción y en ese sentido, tiene los mismos recursos de que goza la solicitud defensiva. 8 CFR 3.1(b)(3)(2001) / INA 242(a)(1) e INA 242(a)(2)(B)(ii).

PRUEBA DEL PROTOTIPO DE REFUGIADO

El prototipo que como *refugiado* debe tener el solicitante de *asilo*, se demostrará ante el funcionario administrativo o judicial que lleve el proceso, a través de lo siguiente:

LA PERSECUCIÓN

El solicitante de asilo debe probar que ha sido víctima de un victimario. Comúnmente el victimario inflige daño, por cuanto la víctima representa un obstáculo para sus intereses en un momento histórico determinado¹⁸.

De acuerdo con la ley y jurisprudencia estadounidenses, es necesario que el victimario sea o el gobierno de turno del país de nacionalidad o residencia de la víctima o uno o varios sujetos o grupos fuera del control gubernamental, que el primero no pueda o no quiera controlar¹⁹.

La persecución debe ser individual, personal y directa. Según la jurisprudencia estadounidense la persecución puede consistir en amenazas a la vida, a la libertad y en maltrato físico aun sin riesgo de perder la vida, siempre y cuando se produzca un verdadero daño o sufrimiento a la víctima, en oposición a la mera irritación o molestia²⁰.

EL MIEDO A LA PERSECUCIÓN. CARACTERÍSTICAS

- El miedo de persecución debe ser *bien fundamentado*.
- El miedo de persecución bien fundamentado debe ser por motivos de *raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular o por opinión política*.

18 Parámetros similares se pueden extraer de las sentencias en los casos de *Desir v. Ilchert*, 840 F. 2d 723,727(9th Cir.1988) y *Matter of Acosta*, 19I&N Dec.211,222 (BIA 1985).

19 En el caso colombiano, la persecución puede provenir tanto de los grupos guerrilleros (FARC y ELN) como de los grupos paramilitares (AUC) o "... de las fuerzas armadas mismas a través de los paramilitares...", Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados - ACNUR presentado en Ginebra, septiembre de 2002, pág. 6.

20 *Balazoski v. INS*, 932 F. 2d 638, 642 (7th Cir. 1991) citado en *Basic Procedural Manual for Asylum Representation in Deportation Proceedings*. Heartland Alliance, Chicago Connections, Midwest Immigrant & Human Rights Center, January 2000.

- El petente debe sentirse incapaz de regresar al país de su nacionalidad o residencia, en razón de la *persecución sufrida* o por miedo a ser objeto de *persecución futura*.

El miedo que se exige para conceder el asilo, tiene que emerger de la propia ineptitud del Estado de origen o residencia para ofrecerle al solicitante debida protección frente al riesgo de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a determinado grupo social.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados – ACNUR, el miedo entendido como condición subjetiva de la persona humana, constituye la razón por la que solicitan protección quienes sienten que su vida peligra. Para efectos del asilo, el miedo de persecución debe ser de tal magnitud que implique algo así como una conciencia permanente de peligro a la vuelta de la esquina. En ese entendido, el miedo es la causa determinante de la solicitud²¹.

El miedo de persecución que pueda sentir un colombiano que solicita asilo en otro país, puede fundarse en amenazas, atentados, secuestros y privaciones, ya sea porque la persona participa de las características que el victimario quiere erradicar o porque dichas características le son impuestas por el victimario mismo (sindicalista = guerrillero/ derechista= paramilitar). Esas formas de represión por decir lo menos, no son otra cosa que la materialización del miedo que obliga a salir del país²².

El solicitante de asilo debe demostrar que en sus circunstancias, una persona razonable (la versión estadounidense del modelo civil de buen padre de familia del derecho colombiano) también sentiría miedo de persecución y como consecuencia de ello, temor de regresar a su país²³.

EL MIEDO DE PERSECUCIÓN DEBE SER BIEN FUNDAMENTADO

La impresión subjetiva no es suficiente para fundamentar el miedo ante las autoridades y por ello el solicitante debe demostrar la situación objetiva que lo

21 Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee status. Citado por STEPHEN H. LEGOMSKY, *Immigration and Refugee Law and Policy*. Third edition, New York, Foundation Press, 2002.

22 Los comerciantes y los menores de edad se convirtieron en las principales víctimas del secuestro en Colombia. Entre 1999 y 2002, los plagiarios habían secuestrado 1.657 personas de negocios y 1.162 niños. Les siguieron empleados comunes y corrientes, funcionarios públicos, ingenieros, ganaderos, conductores, agricultores, policías, estudiantes, militares y amas de casa, periódico *El Tiempo*, 23 de agosto de 2002.

23 Sentencia en Marrer of Mogharrabi, 19 I& N dec. at 446; *INS v. Elías-Zacarias*, 112 U.S. 812 (1992).

genera, a través de medios probatorios comunes. En este orden de ideas, los testimonios idóneos sobre la situación particular del solicitante dentro del medio en que se desenvuelve son muy importantes, al igual que las opiniones de expertos e informes escritos (por ejemplo, del Departamento de Estado) acerca de las condiciones actuales del país²⁴.

Es indispensable demostrar el poder real de hacer daño que posee el victimario en determinado momento, al igual que su participación o en el gobierno perseguidor, si ese es el caso o su membresía a una organización u organizaciones (armadas/políticas/insurgentes) que actúen por su cuenta y/o fuera del control gubernamental. Asimismo se debe probar que el solicitante de asilo posee las características repudiadas por el victimario y que si regresa al país, dadas las circunstancias (tanto de la víctima como del país), puede ser objeto de persecución futura.

Lo ideal es demostrar dentro del proceso tanto la persecución pasada como la posibilidad de la persecución futura, pero lo que ordinariamente sucede es que el solicitante sólo pueda allegar pruebas de la *persecución* que ha sufrido *en el pasado*. En ese punto emerge como presunción de hecho la *persecución futura* y la carga de la prueba se traslada a las autoridades.

El problema es que hoy en día las autoridades pueden presentar cualquier evidencia con el fin de desvirtuar la presunción, que indique que la vida del solicitante ya no se encuentra en riesgo.

La doctrina jurisprudencial aplicable hasta hace algunos años exigía que el funcionario demostrase un cambio sustancial en la situación del país, para efectos de desvirtuar la presunción. Actualmente por el contrario, la prueba adolece de extrema laxitud hasta el punto de que la presunción se puede desvirtuar, simplemente afirmando que el petente tiene la posibilidad de trasladarse a otro lugar del país, para evitar el peligro²⁵.

En otros casos aun ante la inexistencia de persecución pasada, la posibilidad de persecución futura puede surgir por el cambio abrupto de circunstancias en el país, como en el caso de la revolución religiosa liderada por el *ayatollah* JOMEINI en Irán, que dio inicio a la creación de la República islámica en 1979 afectando el regreso de muchos iraníes pro occidente, que se hallaban presentes en aquél momento en Estados Unidos de América.

24 Sentencia en *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

25 Sentencia en *Matter of Mogharrabi*, 19 I&N 439,441 (BIA 1987).

Excepcionalmente se reconoce de antemano la probabilidad de persecución futura, como en el caso de la esterilización obligatoria implantada por el Gobierno chino. A los perseguidos por esta razón, se les reconoce la protección del asilo en Estados Unidos de América, única y exclusivamente con base en los hechos persecutorios del pasado²⁶.

LOS MOTIVOS DE PERSECUCIÓN

La raza, religión, nacionalidad, opinión política y pertenencia a determinado grupo social son los únicos motivos de persecución alegables para sustentar la petición de asilo en Estados Unidos de América. Pero mientras la raza, religión o nacionalidad, no ofrecen mucha confusión a la hora de analizarlas, la delimitación de los conceptos de *opinión política* y de *pertenencia a determinado grupo social*, ha suscitado múltiples debates jurisprudenciales.

LA OPINIÓN POLÍTICA

La opinión política como causal de persecución para efectos del asilo no es siempre fácil de interpretar en circunstancias de anormalidad, como la que tiene lugar en los conflictos civiles que permanecen interfronteras, sobre todo cuando el perseguidor no es el gobierno de turno, sino un grupo o grupos al margen de la ley, como sucede en Colombia.

En estas circunstancias, las formas de interpretación de las manifestaciones políticas cambian y es común encontrar personas neutrales que en condiciones normales podrían considerarse “apolíticas” pero que dentro de un conflicto polarizado, pueden ser objeto de persecución por no alinearse con uno u otro grupo.

En muchas oportunidades los funcionarios encargados de valorar las circunstancias en torno a una solicitud de asilo, no alcanzan a figurarse el porqué una persona que no simpatice con ninguno de los grupos en conflicto o que se niegue a contribuir económicamente a un grupo armado (guerrilleros y/o paramilitares en Colombia), pueda ser objeto de persecución. También tienen dificultad para entender que en esta clase de conflictos²⁷, se da el caso de aquéllos

26 Matter of C-Y-Z-, 21 I.& N. Dec.915 (BIA 1997).

27 Durante el período comprendido entre 1989 y 1992, de las 82 guerras que hubo en el mundo, 79 de ellas fueron conflictos internos catalogados como guerras civiles. MICHAEL S. TEITELBAUM & MYRON WEINER (eds.), *Introduction, Threatened Peoples, Threatened Borders* 32, 1995.

a quienes se les imputa determinada posición política aun sin manifestación expresa o implícita de su parte y que éstos también son objeto de persecución por opinión política²⁸.

La Ley de reforma de la inmigración ilegal y de responsabilidad del inmigrante (IIRIRA/96) amplió la cobertura de la persecución por opinión política de la Convención/51, al considerar que los opositores al aborto forzoso y a la esterilización obligatoria que huían de China, podrían ser tenidos como *refugiados* al igual que quienes hubieren hecho resistencia a cualquier otro programa coercitivo de control poblacional²⁹. Infortunadamente, no ha habido otra reforma legislativa que tome en cuenta otro tipo de circunstancias de orden político como las específicas que afectan a muchas personas provenientes de Colombia y por esa razón, no es fácil probar la persecución política, a pesar de algunos antecedentes judiciales favorables para casos de petentes salvadoreños, guatemaltecos e inclusive de algunos colombianos.

Lo que sí es claro en la ley y en la jurisprudencia estadounidense es que *no es persecución por opinión política*, la simple oposición al régimen gubernamental de que se trate o la negación a prestar servicio militar al país al que se pertenece. Tampoco constituyen persecución, las sanciones que se impongan por desertar del ejército regular de un país o las medidas gubernamentales que se lleven a cabo en contra de los remisos.

LA PERTENENCIA A DETERMINADO GRUPO SOCIAL

La pertenencia a determinado grupo social es la más flexible de las causales de persecución estudiadas, por cuanto puede abarcar casos que no encuadran en las categorías de raza, religión, nacionalidad u opinión política y también puede compartir elementos de las mismas categorías sin desconfigurarse como grupo social. Pero es por razón de sus mismas características, la más difícil de asir por parte de los funcionarios³⁰.

La idea de intentar doctrinariamente una definición general de grupo social ha fracasado, pues cada grupo es dueño de sus propias características. Lo máximo que se ha logrado es extraer algunos factores básicos comunes:

28 Sentencia en *Lazo-Majano v. INS*, 813 F. 2d 1432 (9th Cir. 1987).

29 IIRIRA § 601 *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*.

30 Sentencia en *Sánchez-Trujillo v. INS* - United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1986.

- i) La relación estrecha entre sus miembros.
- ii) La existencia de un motivo de interés común.
- iii) La membresía natural o voluntaria.
- iv) El reconocimiento de los integrantes como pertenecientes al grupo.
- v) El reconocimiento del grupo asimismo como facción de la sociedad o segmento de población y
- vi) en algunos eventos, el tratamiento diferente que reciben los integrantes, en relación con otros miembros de la sociedad³¹.

La jurisprudencia ha subrayado que la pertenencia de una persona a determinado grupo se deduce de su participación en las condiciones inmutables del mismo y en muchos casos, en el hecho de compartir valores tan esenciales del ser humano, como la identidad individual.

Así las cosas, sea cual fuere la característica común que define el grupo, no es susceptible de modificarse por parte de sus miembros³².

La persecución por esta causal se ha aceptado, cuando se dirige contra un individuo que comparte características comunes e inmutables con un grupo de personas, como sexo, parentesco, tribu o clan. En determinadas circunstancias también se han considerado grupales quienes han compartido similares antecedentes o actividades en el pasado como haber sido militares, estudiantes, guerrilleros, paramilitares, terratenientes, empresarios, ganaderos, al igual que quienes llevan a cabo las mismas actividades en el presente, como pertenecer a determinada asociación gremial o de trabajadores.

En general se ha aceptado por la jurisprudencia, el criterio de la Oficina del Alto Comisionado para Refugiados - ACNUR, en el sentido de que un grupo social particular, debe reunir personas de antecedentes, hábitos y clase social parecidos. También ha habido en contados casos, sensibilidad hacia la situación de las mujeres objeto de opresión en los países islámicos y la mutilación sexual y la violencia

31 Matter of Acosta - Board of Immigration Appeals, 1985. 19 I.& N.Dec.211. United States Department of Justice, Proposed Rule-65 Fed. Reg. 76588, 76593-95, 76598 (Dec. 7, 2000).

32 *Ibidem*.

doméstica contra ellas en el África negra, aunque la inmensa mayoría de solicitudes por este concepto han sido negadas.

Las cortes estadounidenses también se han negado a tratar como perseguidos, otros grupos sociales que ACNUR califica como discriminados. Dentro de ellos los niños, los ancianos, los jóvenes, los adoptados, los incapacitados, la familia, los trabajadores, los desempleados, los sindicalizados, los trabajadores migrantes, los desplazados, los esclavos, los iletrados y los homosexuales.

ACNUR ha puntualizado también ciertas características para tener en cuenta a la hora de analizar la persecución de que pueda ser objeto alguien por pertenecer a determinado grupo social:

- La membresía a determinado grupo social puede ser objeto de persecución, en la medida en que los miembros del grupo se distancien de los puntos de vista políticos de quienes los puedan colocar en la mira o porque la sola existencia del grupo, puede constituir un obstáculo para el desarrollo de determinadas políticas.
- En general su persecución se presenta en forma concurrente con otras causales, como raza, religión o nacionalidad.

INCAPACIDAD O RENUENCIA PARA REGRESAR AL PAÍS DE NACIONALIDAD O RESIDENCIA, EN RAZÓN DE LA PERSECUCIÓN SUFRIDA O POR MIEDO A SER OBJETO DE PERSECUCIÓN FUTURA

La incapacidad o renuencia para regresar al país posee una doble dimensión. Para el sistema norteamericano es la causa por excelencia para el otorgamiento del asilo y para el *petente* es la consecuencia directa de la persecución sufrida y/o por sufrir.

Ordinariamente la *persecución* se ejerce a través de la violación o negación sistemática y/o sistémica de los derechos humanos de las víctimas, mediante una gama de actividades tan amplia como la capacidad imaginativa y de acción que tengan los perseguidores. Para que dichos actos sean valorados como persecutorios por parte de las autoridades encargadas, es necesario que la víctima presente ciertas características que ayuden a determinar si el daño sufrido constituye o no persecución. En esta etapa resulta del todo irrelevante, la maldad con que actúa el perseguidor o su sed de castigo.

No obstante, la jurisprudencia exige establecer como mínimo, la existencia de motivación en el *perseguidor* (en un momento histórico determinado) con el fin de demostrar el nexo causal entre éste y la persecución sufrida por la víctima³³.

Probada la relación de causalidad de la *persecución pasada* entre la víctima y el victimario, se entra al ámbito probatorio de la *persecución futura*, en la que se funda la renuencia para regresar al país.

En la mayoría de los casos, la probabilidad de persecución futura (como factor determinante para la concesión del asilo) se presume (de hecho) con base en la persecución pasada. Sin embargo, la valoración de la probabilidad ocurrencia de persecución futura, forma parte del ejercicio del poder discrecional del funcionario a quién se le traslada la carga de desvirtuar la presunción. Si el petente no demuestra una probabilidad “razonable” de sufrir daño si regresa al país o fuertes razones que le impidan hacerlo, lo más probable es que se deniege el asilo solicitado.

En la actualidad la presunción (de derecho) de persecución futura sólo cobija la política de esterilización en China y probablemente tienda a cobijar en el futuro, la situación de opresión a las mujeres en los países islámicos y en aquéllos en donde se practica la mutilación genital.

EL PROCESO DE REMOCIÓN

El derecho que tiene el extranjero de conocer los hechos que se le imputan para ser deportado o expulsado del país, había sido aplicable al proceso de remoción desde 1903, en desarrollo de los principios generales del debido proceso³⁴.

El proceso de remoción (antes deportación) se inicia cuando el extranjero recibe una citación para audiencia (con apoderado) ante un juez³⁵. La citación puede tener como causa la violación de normas migratorias como por ejemplo, permanecer

33 Sentencia en *Elías-Zacarias*, 502 U.S. at 481,112 S.Ct. at 815.

34 (INA § 239(a)(1)).

35 La Oficina del Fiscal General (*Attorney General*) unificó la Junta de Apelaciones de Inmigración (*Board of Immigration Appeals*) y los jueces de Inmigración, en la Oficina Ejecutiva para Revisión de Inmigración (*Executive Office for Immigration Review*). La Oficina Ejecutiva es dependiente del Departamento de Justicia e independiente del Servicio de Inmigración y Naturalización (*Immigration and Naturalization Service-INS*). Los jueces son elegidos por el fiscal general y tienen la facultad de atender solicitudes de protección discrecionales y determinar el país de remoción. Con la creación del Departamento de Seguridad de la Patria - *Department of Homeland Security (DHS)*, esta distribución funcional, puede cambiar.

en el país luego de la expiración de la visa o permiso de estadía³⁶ o el haber incurrido en algunas de las causales de remoción (inadmisibilidad o deportabilidad de la legislación anterior).

La audiencia es abierta al público (8 *Code of Federal Regulations* CFR § 3.27), y en ella intervienen un asesor gubernamental que debe ser abogado y hace las veces de fiscal (acusador) en representación del gobierno; un intérprete si es necesario y testigos, si los hay. Si el solicitante no asiste a la audiencia, se le condenará en ausencia con la expulsión.

Como la era *post 9/11* ha sacrificado el debido proceso en aras de la seguridad, un número considerable de extranjeros (especialmente de países musulmanes)³⁷ han sido deportados de Estados Unidos de América, sin derecho a proceso de remoción y en muchas ocasiones, después de haber sido detenidos (en algunas oportunidades por más de seis meses) en confinamiento solitario e incomunicación³⁸.

A nuestro juicio, la situación se torna bastante preocupante ya que hay más de 10'000.000 personas ilegalmente en Estados Unidos de América, entre ellos muchos colombianos que pueden ser blanco de una medida que tiene doble filo: la búsqueda de terroristas extranjeros y la deportación de inmigrantes ilegales con métodos de excepción.

De conformidad con el reporte de la Oficina del Inspector General del Departamento de Justicia hecho público en junio de 2003, los 762 inmigrantes

36 En el año fiscal 2001 fueron detenidos 2.084 colombianos para ser deportados, por violación de normas de carácter migratorio. *Enforcement, Fiscal Year 2001. This report will appear as a chapter in the forthcoming 2001 Statistical Yearbook of the Immigration and Naturalization Service.*

37 *Some 1.200 Arab and South Asian men... were arrested in weeps just after Sept. 11 arguing that the release of information could alert terrorists, the Justice Department has declined to identify the men or describe how and why they were detained... many were held in solitary confinement for months. Ninety-nine were convicted of criminal charges, 281 were freed or are awaiting decisions on their immigration status, and nearly 500 have been deported. About 300 more men were arrested by local law enforcement agencies. The New York Times, Monday, January 20, 2003.*

38 *Aliens are apprehended under two INS programs-Border patrol and Investigations. The largest of these programs by far is the Border patrol. In fiscal year 2001, the INS apprehended 1,387 aliens. Of this number, the Border patrol made 1,266,213 apprehensions... Nationals of 194 countries were apprehended in fiscal year 2001-aliens from Mexico predominated, accounting for 95 percent of the total. The next largest source countries were El Salvador, Honduras, Guatemala, the Dominican Republic, Canada, Cuba, Brazil, Colombia, Jamaica, Ecuador, Haiti, and People's Republic of China. ...Although ... the INS current data systems cannot link and apprehension to its final disposition (removal, adjustment of status, etc) which can occurs years after. Enforcement, Fiscal Year 2001. This report will appear as a chapter in the forthcoming 2001 Statistical Yearbook of the Immigration and Naturalization Service.*

ilegales que fueron detenidos después del 9/11, fueron deportados a pesar de que ninguno de ellos fue acusado de terrorismo³⁹.

CAUSALES DE REMOCIÓN

Son causales de remoción entre otras muchas puntuales⁴⁰ los delitos contra la moral; las múltiples condenas delictivas; la posesión de sustancias prohibidas; el tráfico de estupefacientes; la prostitución y trata de blancas, el uso ilegal de armas y los delitos calificados como *graves* por la normatividad penal⁴¹.

Las causales de remoción tienen efecto retroactivo y esto constituye uno de los aspectos más controvertidos del sistema⁴², que está concebido para aplicarse a hechos cometidos en el pasado, aun cuando en la época de su ocurrencia no hubieran sido delitos sino simples contravenciones⁴³. Se llega al absurdo de que hoy en día

39 “...*The INS did not serve notices of the immigration charges on these detainees within the specified time frames. This delay affected the detainees in several ways, from their ability to understand why they were being held, to their ability to obtain legal counsel, to their ability to request a bond hearing... We also concluded that, particularly at the MDC, certain conditions of confinement were unduly harsh, such as illuminating the detainees’ cells for 24 hours a day...*” *Excerpt From analysis of Detention of Foreigners After 9/11 Attacks/ Report by the Justice Department’s inspector general, Glenn A. Fine. The New York Times*, Tuesday, June 3, 2003. pag. A14.

40 La Ley de abuso contra las drogas de 1988 (ADAA) y la Ley antiterrorismo y de efectividad de la pena de muerte de 1996 (AEDPA) se extendió al derecho migratorio a través de la Ley de reforma de la inmigración ilegal y de responsabilidad del inmigrante de 1996 (IIRIRA).

41 GALLAGHER, ANNA MARIE, “*Immigration consequences of criminal convictions: a primer on what crimes can get your client into trouble*”, *Inmigración Law Service* 2d, West Publishing Company. “Son delitos graves: asesinato, violación y abuso sexual de menores; tráfico ilícito de sustancias prohibidas; lavado de dinero; uso ilegal de sustancias explosivas; delito violento con pena mínima de un año (incluye violencia doméstica); delitos contra la propiedad con pena mínima de un año; tráfico de personas; transmisión de información oficial, sabotaje o traición; evasión de impuestos y fraude por sumas mayores a US\$ 10.000; falsificación o alteración de pasaporte; incumplimiento de sentencias; fraude comercial con vehículos; obstrucción de la justicia o inasistencia a audiencia judicial”. INA § 101(a)(43).

42 La inclusión de la retroactividad (delitos graves) como causal de deportación en IIRIRA dice así: “*Notwithstanding any other provision of law (including any effective date), the term applies regardless of whether the conviction was entered before, on, or after the date of enactment of this Act... The amendments made by this section shall apply to actions taken on or after the date of enactment of this Act, regardless of when the conviction occurred...*” IIRIRA § 321 (b) y § 321(c).

43 Una conducta antisocial puede ser considerada *contravención* en un estado de la Unión, mientras se trata como *delito* por las normas federales (que priman por regla general). *The Anti-Drug Abuse Act of 1988* creó una nueva categoría de delitos con efecto migratorio que subsistió a través de normas posteriores (*Immigration Act of 1990; Immigration and Nationality Technical Corrections Act of 1994; Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, Pub. L. 104-132, 110 Stat. 1214 (April 24, 1996) e INA § 101(a)(43) lo que fue aumentando de 3 categorías de delitos a 20, cubriendo la casi totalidad de las infracciones penales.

se están expulsando extranjeros con base en la proyección hacia *el pasado* de tipos delictivos *presentes*⁴⁴.

Los afectados son en su inmensa mayoría, personas que no cuentan con lazos familiares ni sociales distintos de los que han construido a través de su vida en Estados Unidos de América y para quienes se plantea un problema de desadaptación social, sobre todo cuando se les envía a un medio cultural totalmente diferente⁴⁵.

Aunque la aplicación retroactiva de normas contraría principios básicos de hermenéutica jurídica tan universales como que la ley se aplica hacia el futuro; que nadie puede ser juzgado sino de acuerdo con las normas vigentes al momento de la ocurrencia del hecho que se imputa y además está en contravía del principio de favorabilidad en materia penal, el argumento de las cortes es otro.

Para la jurisprudencia estadounidense, las normas migratorias son de carácter civil y como tales no contemplan el principio de favorabilidad y la remoción (antes deportación) por su parte, es una medida administrativa basada en la soberanía del Estado, mediante la cual se decide qué personas no se quiere tener dentro del territorio⁴⁶.

Considero obvio que en un Estado de derecho tanto la condena penal como la remoción de un extranjero por incurrir en conductas antisociales *presentes* constituye una medida de protección social. Pero expulsar a una persona por actos que al momento de su ocurrencia, no eran causales para ello y que en muchos casos ni siquiera eran delitos, no es otra cosa que la aplicación extemporánea de la ley y desde mi punto de vista, una amenaza contra la seguridad jurídica de la población.

44 En el año 1999 fueron expulsados 1.531 colombianos por causales delictivas; en el año 2000, 1.409 y en el año 2001, 1.455 salieron de Estados Unidos de América por las mismas causales.

45 Dentro del primer semestre del año 2002, fueron expulsados a Camboya por delitos menores, un grupo de hombres entre 28 y 35 años que habían huido de ese país hacia Estados Unidos de América entre 1973 y 1975 en compañía de sus padres. Llegan a Camboya sin ningún vínculo con la sociedad de sus antepasados, sin hablar la lengua y después de haber vivido prácticamente toda su vida en Estados Unidos de América. Su desadaptación es de tal magnitud, que se encuentran confinados dentro de campos de refugiados.

46 “*It is well established that neither the Ex Post Facto Clause nor the Double Jeopardy Clause is applicable to deportation proceedings. Deportation, however severe its consequences, has been consistently classified as a civil rather than a criminal procedure. As the Supreme Court has stated: It is thoroughly established that Congress has power to order the deportation of aliens whose presence in the country it deems hurtful. The determination by facts that might constitute a crime under local law is not a conviction of crime, nor is the deportation a punishment; it is simply a refusal by the government to harbor persons whom it does not want.* Bugajewitz v. Adams, 228 U.S. 585, 591 (1913) citado en Michael A.R. Seale vs. INS. United States Court of Appeals. For the First Circuit. No. 02-1431, March 14, 2003

Adicionalmente, el extranjero acusado de haber cometido un delito en el pasado (por el que ya ha pagado condena) carece de defensa dentro del proceso de remoción, pues la causal alegada para su expulsión es el delito mismo (que ya se encuentra probado), con el agravante de que una vez expulsado, no podrá solicitar asilo en Estados Unidos de América, sean cuales fueren las circunstancias de peligro o persecución en que se llegare a encontrar⁴⁷.

RECURSOS O MEDIDAS DE ALIVIO DENTRO DEL PROCESO DE REMOCIÓN. PODER DISCRECIONAL

La solicitud de asilo presentada dentro del proceso; el ofrecimiento de abandonar el país o salida voluntaria y el inminente ajuste de estatus migratorio; la cancelación de la remoción y la suspensión de la misma, son recursos o medidas de alivio que pueden ser alegadas dentro del proceso de remoción, con el objeto de evitar la expulsión a la que se ve abocado el extranjero. Ahora bien, el poder discrecional del juez en relación con estas medidas de alivio es lo suficientemente amplio como para rechazarlas, aun cuando el extranjero cumpla objetivamente los requisitos para beneficiarse de alguna de ellas, excepción hecha de la suspensión de la remoción (*non-refoulement*), que es de obligatorio cumplimiento dadas ciertas condiciones que veremos más adelante.

• La solicitud de asilo dentro del proceso de remoción

El extranjero puede solicitar asilo en dos oportunidades: dentro del período anual posterior a su arribo al país y como recurso o medida de alivio dentro del proceso de remoción. En ambas oportunidades debe probar su calidad de *refugiado*.

La solicitud de asilo dentro del proceso de remoción se puede efectuar en la audiencia o después de ésta. Si el juez concede el asilo, el extranjero será admitido por un año, pasado el cual debe reportarse ante el *bureau* de ciudadanía y servicios de inmigración con el objeto de solicitar la residencia legal permanente. Ésta se le concederá (después de 5 años aproximadamente) siempre y cuando conserve el estatus de asilado, es decir, que al decir de las autoridades, las circunstancias del país continúen representando riesgo para la persona y ello le impida regresar.

47 La única excepción a esta norma, es apelar la protección de a la Convención contra la Tortura y otros crímenes.

- **La salida voluntaria dentro del proceso de remoción**

Como medida de alivio, el extranjero puede optar por salir del país voluntariamente (a su costa) en vez de ser oficialmente removido, pero sólo en el evento de que no haya cometido ningún delito *grave* y que no esté acusado de terrorismo. La fecha programada para la salida del país, puede extenderse *salida voluntaria extendida* (EVD) a favor de ciertos extranjeros que no pueden regresar a su país en razón de guerra civil u otro conflicto de esa magnitud. El extranjero favorecido, obtendrá permiso de trabajo pero no está contemplado su salto a residente permanente⁴⁸.

- **El ajuste de estatus dentro del procedimiento de remoción**

Esta medida de alivio se puede alegar si el extranjero fue admitido legalmente en Estados Unidos de América y el permiso de residencia permanente está a punto de expedirse.

- **La cancelación de la remoción dentro del proceso del mismo nombre**

Para obtener cancelación de la remoción como medida de alivio, el extranjero debe haber vivido en Estados Unidos de América en forma continua por lo menos 10 años; ser una persona honorable; no haber incurrido en ninguna de las causales que lo harían inadmisibles o expulsables de Estados Unidos de América y finalmente, que con su expulsión se cause daño extremo a los miembros de su familia que sean ciudadanos estadounidenses o residentes permanentes en el país. INA § 240A(b)(1).

48 “EVD status was extended to Ugandans who suffered under Idi Amin, and to Nicaraguans and Iranians who faced the consequences of revolutions in their respective countries. Afghans (1980), Ethiopians (1977), and Poles (1981) have also received EDV. In 1989, when the Chinese government suppressed dissident activity in the wake of the Tiananmen Square massacre, the State Department halted forceful removals (formerly ‘deportations’) but did not grant EVD. Later, Chinese nationals in the United States were given a “deferred departure” status, ensuring their ability to remain in the U.S. through 1994”. *Ibidem*, nota 6, pág. 294.

• **La suspensión de la remoción dentro del proceso del mismo nombre**⁴⁹

La Ley de refugiados de 1980⁵⁰ reguló la suspensión de la remoción como un reflejo prácticamente en toda su extensión, de la letra y espíritu del *non-refoulement* de la Convención/51 y del protocolo/67.

La suspensión de la remoción dentro del proceso para el efecto, evita que la autoridad de inmigración ordene la expulsión del extranjero al país donde su *vida o libertad estén amenazadas* a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política⁵¹. A diferencia de otras medidas de alivio, el funcionario está obligado a conceder el *non-refoulement* si el extranjero demuestra sumariamente la posibilidad de persecución.

La junta de apelaciones de inmigración (BIA) había establecido que *el miedo bien fundamentado de persecución* debía demostrarse en la misma forma, tanto por quienes solicitaren el *asilo* como por aquellos que solicitaren la *suspensión de la remoción*⁵². Sin embargo, la Corte Suprema en *INS vs. Cardoza Fonseca*⁵³ rechazó esa posición argumentando que la intención de la norma no era asimilar sino diferenciar el objeto de la prueba en cada una de las figuras. Posteriormente en *INS vs. Stevic* la Corte Suprema precisó el alcance la prueba para efectos de la suspensión de la remoción, indicando que únicamente era necesario que el extranjero demostrase que podía ser más factible ser perseguido, que no serlo, para que el *non-refoulement* operase. Esta orientación es la que prevalece en la actualidad.

49 “...teniendo en cuenta que sólo a un porcentaje muy pequeño de extranjeros se les concede asilo, muchos de ellos prefieren no arriesgarse ante el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) y en ese sentido solicitan el asilo y en forma subsidiaria, la suspensión de la remoción, en caso de que se llegaren a encontrar en proceso de remoción...” *Immigration Law and Procedure in a Nutshell*, WEISSBRODT, DAVID, University of Minnesota Law School, St. Paul, Minn. 1998, pág 292. Esta estrategia se explica en la misma obra, indicando que si un extranjero indocumentado aplica para asilo (y no se le concede), con base en su estatus de indocumentado el INS iniciará en su contra proceso de remoción, en el que el extranjero podrá alegar los medidas de alivio que considere tener a su favor para evitar su expulsión del país.

50 INA 241(b)(3)(A) se refiere a la suspensión de la remoción de extranjeros al país donde su vida y libertad se encuentren amenazadas.

51 El procurador general no removerá a un extranjero a un país en el que a su criterio, su vida o libertad se halle amenazada por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. INA 241(b)(3).

52 Matter of Acosta 19 1 § N Dec. 211 (BIA 1985).

53 480 U.S. 421,107 S.G. 1207 (1987).

A diferencia del asilo que puede ser un proceso autónomo o una medida o recurso de alivio dentro del proceso de remoción, la suspensión de la remoción, sólo puede ser solicitada como medida de alivio dentro del proceso del mismo nombre y es inaplicable a extranjeros que hubiesen participado en genocidio; a victimarios que hayan perseguido a otros; a quienes hayan sido condenados por delitos *graves* o que representen una amenaza para la seguridad del país y quienes hubieren cometido un crimen antes de entrar a Estados Unidos de América.

DECISIÓN EN EL PROCESO DE REMOCIÓN

La decisión debe fundarse en las pruebas allegadas al proceso y en las grabaciones efectuadas dentro de la audiencia. Si el extranjero no logra demostrar ninguna de las medidas de alivio, el proceso finalizará con la orden de remoción (expulsión) que será apelable ante la junta de apelaciones de inmigración (*Board of Immigration Appeals-BIA*) cuya decisión a su turno será definitiva.

Ahora bien, si el extranjero había aducido miedo de persecución que en su sentir le impedía regresar a su país, podrá escoger a solicitud del funcionario o a iniciativa propia, un tercer país para ser reenviado. Esta es la aplicación obligatoria del *non-refoulement* que impide reenviar a la persona al lugar donde corre peligro su vida o libertad. Por regla general se escoge un país donde el extranjero posea algún tipo de vínculo y si después de muchos trámites e intentos no lo reciben en terceros países, Estados Unidos de América tendrá que aceptarlo temporalmente en su territorio y eventualmente concederle permiso de trabajo.

En caso de detención ilegal o de violación del recurso de *habeas corpus*, el afectado con la remoción, puede solicitar revisión judicial a la Corte de Apelaciones (8 CFR § 3.1 (d) (2)). Infortunadamente esta situación es cada vez más rara en la medida en que en la actualidad, los extranjeros son deportados después de detenciones arbitrarias con base en normas excepcionales (*Patriotic Act*) y el *debido proceso* de remoción es cada vez de menor ocurrencia.

El extranjero a quien le sea concedida la suspensión de la remoción, tendrá derecho a residencia temporal dentro del país, pero a diferencia de los asilados, no le está permitido ajustar su estatus hacia la residencia permanente. Podrá permanecer en Estados Unidos de América hasta tanto la situación de su país sea riesgosa.

PROCEDIMIENTOS EXTRAORDINARIOS ASILO Y/O REMOCIÓN EN EL PUERTO DE ENTRADA⁵⁴

IRIRA creó un procedimiento sumario en los puertos de entrada con el objeto de impedir el ingreso fraudulento de extranjeros y reducir las solicitudes de asilo hacia el futuro. Se lleva a cabo ante el funcionario de inmigración en el puerto de entrada (aeropuerto) donde el extranjero solicite asilo o deje entrever *miedo de persecución* (aún sin solicitar asilo)⁵⁵. Dado el caso, se remitirá a un funcionario de asilo quien efectuará una primera comprobación de la situación del extranjero sin que haya necesidad (en ese momento) de probar las causales de persecución. (INA 235(b)(1)(B)(i, ii, v) Si el funcionario de asilo considera creíble el miedo alegado, el proceso sumario concluirá (a discreción del funcionario) o con la no muy favorable detención temporal del extranjero mientras se desarrolla el proceso regular (de asilo) o con su puesta en libertad *condicional*⁵⁶.

La detención temporal (en cárceles comunes) para quienes carecen de antecedentes antisociales, puede durar meses y hasta años y es casi tan violatoria de derechos fundamentales como la situación que ha generado su huida y por ello ha sido criticada permanente por grupos de derechos humanos y por la Oficina del alto comisionado de Naciones Unidas para refugiados⁵⁷.

Si el funcionario no le da crédito al *miedo de persecución* que aduce el extranjero, ordenará su remoción inmediata. En este punto y hora, el extranjero debe solicitar la revisión judicial de la decisión, que se resolverá dentro de las 24 horas siguientes y máximo 7 días después⁵⁸.

54 *During fiscal year 2000, 10,337 aliens appeared at ports of entry without proper documents and requested asylum... the Asylum Officer Corps made 9,726 credible fear determination in 2000 and found sufficient evidence of credible fear in 98.7 percent of the cases. Ibidem nota 8, pag 88*

55 Mediante este procedimiento (expedited removal) cualquier extranjero podrá ser deportado en forma inmediata (al momento de ingresar a Estados Unidos de América), en caso de carecer de documentos adecuados.

56 La diseminación de las funciones del INS dentro del *Department of Homeland Security* en tres nuevas oficinas: *The Bureau of Citizenship and Immigration services* (BCIS) que se encarga de las adjudicaciones de refugio y asilo; *The Bureau of Customs and Border Protection* (BCBP) que tiene funciones de inspección en aeropuertos y fronteras y *The Bureau of Immigration and Customs Enforcement* (BICE) que tiene a su cargo la implementación de medidas de obligatorio cumplimiento, coloca al solicitante de asilo ante tres autoridades diferentes, una para el control de inmigración (BCBP); otra para, la comprobación del “miedo” (BCIS) y otra, si es detenido mientras se resuelve su petición de asilo (BICE).

57 UNHCR *Guidelines Relating to the Detention of Asylum Seekers* (Feb. 1999) Citado por STEPHEN H. LEGOMSKY in *Immigration and Refugee Law and Policy*, third edition, New York, New York, Foundation Press, 2002.

58 Siendo la revisión a petición de parte y no de oficio, exige que el extranjero conozca los procedimientos previamente.

Lo anterior exige que quienes huyen de sus países, con la prisa del miedo a sus espaldas, cuenten con el tiempo necesario y la posibilidad bastante improbable dadas las circunstancias, de consultar un experto que les informe detalladamente acerca de los pasos a seguir para evitar cometer errores (a veces simples inexactitudes producto de la memoria en relación con fechas o secuencia de hechos). Si el extranjero comete en la entrevista este tipo de inexactitudes, el funcionario puede afirmar que ha actuado engañosa o fraudulentamente y en este evento, al extranjero le queda vedado de por vida ingresar al territorio de Estados Unidos de América. INA 212(a)(6)(C).

LA ESTABILIDAD SOCIAL COMO DIFERENCIA ENTRE ASILO Y SUSPENSIÓN DE LA REMOCIÓN

Una de las diferencias fundamentales entre el *asilo* y la *suspensión de la remoción* se finca en la estabilidad social que las autoridades estadounidenses le otorgan al extranjero. Mientras el *asilado* obtiene permiso de trabajo y después de transcurrido un año puede aplicar para obtener residencia permanente (LPR) la situación del *suspendido* es diferente. Con la *suspensión de la remoción* sólo se accede a una especie de visa temporal que le otorga al *suspendido* un estatus ambiguo que oscila entre refugiado y asilado, sin ser ninguno de los dos y por ende, sin sus ventajas. Aunque tiene permiso de trabajo, carece de la posibilidad de ajustar estatus hacia la residencia permanente y/o la naturalización como el asilado. Además, el suspendido se halla sujeto a la incertidumbre que genera el riesgo permanente de que la decisión sea revocada, en el evento en que el fiscal general considere que han cambiado las circunstancias que motivaron la medida.