

MIGRACIÓN, GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS: Elementos a considerar en la Agenda de la Frontera Sur de México

MARÍA ELISA GARCÍA LÓPEZ
(Coordinadora)



Migración, género y derechos humanos: elementos a considerar en la agenda de la Frontera Sur de México

M^a Elisa García López
Ivonne Álvarez Gutiérrez
Manuel Gustavo Ocampo Munoa
Luis Manuel Martínez Vela
Corina Giacomello
Larisa Kosygina
Laura Eloyna Moreno Nango



Migración, género y derechos humanos: elementos a considerar en la agenda de la Frontera Sur de México
M^a Elisa García López, Ivonne Álvarez Gutiérrez, Manuel Gustavo Ocampo Munoa, Luis Manuel Martínez Vela, Corina Giacomello, Larisa Kosygina y Laura Eloya Moreno Nango

PRIMERA EDICIÓN 2019

© Derechos Reservados UNACH

© Comisión Estatal de los Derechos Humanos del estado de Chiapas

ISBN: 978-607-561-036-8

Coordinación:

M^a Elisa García López

Diseño y maquetación:

Gustavo Adolfo González Escarela

Diseño de Cubierta:

Omara Jaqueline Pérez Ramírez

Boulevard Belisario Domínguez km 1081, sin número, Terán, 29050,

Tuxtla Gutiérrez, Chiapas.

Se prohíben la reproducción total o parcial de esta obra y su transmisión por cualquier medio, actual o futuro, sin el consentimiento expreso por escrito del titular del derecho. La composición de interiores y el diseño de cubierta son propiedad de la Universidad Autónoma de Chiapas.

Editado e impreso en México / *edited and printed in Mexico*

Migración, género y derechos humanos: elementos a considerar en la agenda de la Frontera Sur de México

M^a Elisa García López
Ivonne Álvarez Gutiérrez
Manuel Gustavo Ocampo Munoa
Luis Manuel Martínez Vela
Corina Giacomello
Larisa Kosygina
Laura Eloyna Moreno Nango

Directorio de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos del Estado de Chiapas

Lic. Juan José Zepeda Bermúdez

**Presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos
del estado de Chiapas**

Mtro. Ángel Milton Ordoñez Rodríguez

Visitador General Especializado de Atención de Asuntos de Migrantes

Mtra. Martha Laura Sánchez Flores

Visitadora General Especializada en Atención de Asuntos Indígenas

Mtro. Alfredo Ruanova Ortega

**Visitador General Especializado en Atención de Asuntos de Niñas,
Niños y Adolescentes**

Mtra. Claudia Ruiz Coutiño

Visitadora General Especializada en Atención de Asuntos de la Mujer

Lic. Gonzalo López Nandayapa

Secretario Ejecutivo

Mtra. Joseana Betzabe de la Rosa Celaya

Secretaria Técnica

Directorio de la Universidad Autónoma de Chiapas

Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa
Rector

Dra. Maria Eugenia Culebro Mandujano
Secretaria General

Dra. Leticia del Carmen Flores Alfaro
Secretaria Académica

CP. Roberto Cárdenas de León
Secretario Administrativo

Mtro. Luis Iván Camacho Morales
Secretario Auxiliar de Relaciones Interinstitucionales

Dr. Manuel Iván Espinosa Gallegos
Director General de Planeación

Dra. María Guadalupe Rodríguez Galván
Directora General de Investigación y Posgrado

Dr. Gonzalo López Aguirre
Director General de Extensión Universitaria

Dr. Omar David Jiménez Ojeda
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Prólogo

Con base en el convenio de colaboración suscrito en enero de este año, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas (IJJ-UNACH) y la Comisión Estatal de Derechos Humanos (CEDH), vinculamos en forma más estrecha nuestros trabajos. Dada la coyuntura del fenómeno migratorio y con el objetivo compartido de analizarlo desde una perspectiva de género, ambas instituciones nos coordinamos, específicamente en el análisis de la protección jurídica de las niñas, adolescentes y mujeres migrantes, proyecto que —por su pertinencia y alcances— se fortaleció con la inclusión de dos Cátedras CONACYT. Así pues, el libro que el lector tiene en sus manos es una obra colectiva resultado del esfuerzo entre ambas instancias.

El IJJ-UNACH es una institución joven, que ha demostrado dinamismo en la creación de conocimiento jurídico sobre cuestiones relevantes para la sociedad, especialmente la de Chiapas. Como consecuencia de las múltiples interacciones con los derechos humanos y los desafíos que representa para México, el estudio de los flujos migratorios que ingresan por la Frontera Sur constituye uno de los temas prioritarios en la agenda nacional, especialmente a la luz de los compromisos internacionales que nuestro país ha suscrito en el ámbito de los derechos humanos. La CEDH -que cuenta con una Visitaduría Especializada en la Atención a Personas Migrantes, con sede en Tapachula- impulsa diversas acciones de promoción, protección, defensa y respeto de los derechos humanos de las personas en situación de migración, entre las que se inscribe la presente obra.

Este material reúne las visiones de profesionales de la docencia y la investigación quienes, desde distintas disciplinas, se encuentran vinculados al estudio del fenómeno migratorio internacional, el género y los derechos humanos. Desde un enfoque multidisciplinario, la obra ofrece una visión profunda sobre los derechos de la niñez y las mujeres migrantes, sin eludir temas de gran complejidad teórica y mayor trascendencia práctica, tales como el análisis de la naturaleza del derecho a migrar o los derechos de las mujeres migrantes trabajadoras del



hogar y de las personas extranjeras pertenecientes a comunidades indígenas, entre otros.

Con el propósito de poner de relieve las complejidades que el marco normativo presenta en su aplicación, las y los autores del libro, a través del análisis del régimen jurídico interno e internacional y de las experiencias de los migrantes, buscan facilitar el acceso a los derechos de una población que se encuentra en situación de vulnerabilidad múltiple y extrema, objetivo compartido por el trabajo que a diario desempeña la CEDH. La finalidad última reside en la propuesta de mejoras al sistema de regulación de la movilidad internacional y del régimen de estancia/residencia de las personas extranjeras en México.

Deseo enfatizar que la presente obra se ha realizado en el sur de México y se enmarca en el escenario de la tan necesaria reflexión sobre el impacto que ha causado el tema en la agenda social, política, académica y de protección de los DDHH. La coordinación de la misma estuvo a cargo de la Dra. María Elisa García López, investigadora del IJ-UNACH, a quien reconozco como especialista en la materia. A lo largo de su capitulo, las y los investigadores convocados priorizan el análisis del contexto y la situación existente en el Estado de Chiapas. Por su estratégica ubicación geográfica, Chiapas conjuga toda la riqueza y diversidad de los procesos migratorios que enfrenta el país: el territorio chiapaneco es atravesado principalmente por migrantes en tránsito procedentes de Centroamérica -y recientemente de otras partes del mundo-, dirigiéndose al Norte, pero también por quienes regresan (o están siendo devueltos) desde el Norte a sus países de origen. Sin embargo, la frontera sur mexicana también es y ha sido un lugar de destino para aquellas personas extranjeras que decidieron radicar aquí por diferentes motivos. Adicionalmente, siempre ha recibido la denominada migración "circular", esto es, una movilidad constante y de corto plazo, procedente de los países vecinos. También debemos reconocer la existencia de turistas internacionales que vienen a visitar la frontera sur mexicana desde todas las partes del mundo.

Las presiones ejercidas a partir de las políticas migratorias implementadas por los países receptores de migrantes, han generado un preocupante blindaje y militarización de la frontera sur de México. Las cifras de personas extranjeras detenidas y deportadas desde esta región son cada vez más alarmantes, incluyendo perfiles de extrema vulnerabilidad, tales como las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados o separados. Este enfoque de seguridad nacional profundamente militarizado, resulta difícilmente compatible con el respeto a los derechos humanos de las personas extranjeras, en términos de lo establecido en la Constitución Federal y la Ley de Migración.

Nos toca vivir tiempos complejos, lo que hace incrementar la exigencia de empeño y responsabilidad. Nuestro compromiso debe ser muy superior

con los excluidos del sistema, con quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, a fin de que –parafraseando a Luigi Ferrajoli– logremos instaurar y extender una cultura de los derechos humanos, comprendidos como la ley del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte. En este contexto, se sitúa la presente obra.

Espero, confiado, que las observaciones y recomendaciones proporcionadas por las y los autores contribuyan al diseño e implementación de una política migratoria respetuosa y coherente con un enfoque de derechos humanos.

Lic. Juan José Zepeda Bermúdez
Presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos
del estado de Chiapas



Introducción

La relevancia y magnitud del fenómeno migratorio, no solamente en nuestro país, sino en el mundo, obliga a reflexionar profunda y sosegadamente sobre el tema con una mirada constructiva, enfocada en la propuesta de mejores formas de atender los flujos migratorios. Máxime, cuando el rostro de estos flujos ha cambiado vertiginosamente, implicando mayores retos para el Estado, pero también para la sociedad y la academia.

La migración considerada históricamente como un fenómeno con rostro masculino, ha cambiado su configuración acogiendo a un número creciente de familias, mujeres, niñas, niños y adolescentes, todos ellos grupos en situación de vulnerabilidad. Aun partiendo del reconocimiento y respeto de la soberanía estatal para la regulación del ingreso a sus territorios de personas de otras nacionalidades, debe entenderse que esta regulación está entrecruzada por las disposiciones en materia de derechos humanos que los propios países han promovido y suscrito en foros internacionales.

La visión de derechos humanos exige anteponer la persona humana y su grado de vulnerabilidad a todos sus restantes estatutos y caracteres secundarios, relegando al último nivel la consideración de su situación migratoria. Esta visión es asumida en el discurso por la Ley de Migración que, en el caso de México, es la legislación encargada de regular el ingreso y egreso de personas del ámbito territorial. Sin embargo, como tendremos ocasión de examinar a lo largo de estas páginas, en la práctica resulta sumamente complicada y cuestionada la implementación de políticas basadas en este enfoque, no solamente en términos presupuestarios, sino también en términos de internalización de nuevos modos y formas de observar la otredad.¹

Complejiza el escenario anterior, comprender en su justa dimensión el fenómeno de la feminización de la migración, término que atiende a la existencia de una mayor afluencia de mujeres migrantes consideradas en primera persona, como protagonistas de su propio proceso migratorio. Este fenómeno conlleva

¹ GOFFMAN, Erving. *Estigma: La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1970, p. 14.



consecuencias más profundas, pues exige atender el proceso migratorio con visión de género, construyendo al Estado, la sociedad y a la propia Academia a incorporar una visión complementaria para entender, gestionar y comprender el proceso migratorio en toda su complejidad.

Justamente el objetivo de la presente obra colectiva, es generar un espacio de análisis, reflexión y propuestas concretas para la atención del nuevo rostro de la migración con visión de género y derechos humanos. La emergencia de nuevos rostros y dinámicas migratorias encierra grandes responsabilidades que exceden la figura de Estado, y en donde la academia y la sociedad, juegan un papel central.

El libro se estructura sobre el enfoque de la situación de los derechos de la niñez y las mujeres migrantes en el sur de México, haciendo énfasis en la situación del Estado de Chiapas, espacio que, por su estratégica ubicación geográfica, conjuga toda la complejidad de los procesos migratorios que enfrenta el país. Al ser parte del sistema de migración de América del Norte centrado en los Estados Unidos de América², la política migratoria de México está influenciada por la política migratoria de este país. Una de las consecuencias de esta situación es la creciente securitización y militarización de la Frontera Sur de México. Más y más personas extranjeras son detenidas y deportadas del región. Si bien la securitización y la militarización de la Frontera Sur de México se dirigen a los migrantes de tránsito, los extranjeros que residen en esta región fronteriza y los extranjeros que participan en la migración circular también se ven afectados por estos procesos.

En este contexto de fuerte contención migratoria, con un enfoque prioritariamente dirigido a la seguridad, es muy importante no perder de vista los compromisos internacionales de México en el área de protección de los derechos humanos.

El capitulado del libro se abre explorando - tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho interno mexicano -, la situación jurídica en la que se encuentra el derecho humano a migrar, a fin de situar las claves conceptuales en las que se enmarcará todo el posterior debate en torno a la migración internacional en la Frontera Sur de México. Se analizará con minuciosidad el marco jurídico, a fin de comprender ante qué tipo específico de derecho nos encontramos y, por ende, los márgenes de maniobra en que los poderes públicos pueden moverse en la instrumentación de las políticas migratorias, desde un enfoque de derechos humanos.

El siguiente capítulo aborda la situación específica de aquellos colectivos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, desde un enfoque inter-seccional de derechos: las niñas, niños y adolescentes migrantes que transitan por la Frontera Sur de México, específicamente en los municipios de

² MASSEY, Douglas S., ARANGO, Joaquín, HUGO, Graeme, KOIAOUCI, Ali, and PELLEGRINO, Adela. *Worlds in motion : understanding international migration at the end of the millennium*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

Tapachula, Villahermosa y Tenosique del Estado de Chiapas y Tabasco. Se abordan los retos que implica para las autoridades involucradas en la atención del creciente número de niños, niñas y adolescentes migrantes, específicamente los no acompañados, poniendo de relieve el reconocimiento internacional como sujetos de derechos y el interés superior del menor, como eje rector de los procesos en donde la minoría de edad se encuentra en discusión.

A continuación, el libro explora los desafíos específicos que la protección de niñas, niños y adolescentes migrantes representan para los municipios indígenas fronterizos de Chiapas, proponiendo una metodología con base en criterios de interculturalidad y pluralismo jurídico, que permita hacer pertinente el ejercicio de sus derechos, transformando el discurso político intercultural en acciones positivas hacia este sector.

Posteriormente se analiza el acceso a la justicia de la niñez migrante en el Estado de Chiapas, a la luz de su interés superior, tal y como estipula la Ley de Migración, a fin de evidenciar las vulneraciones a los derechos humanos de este sector de la población.

El siguiente estudio pone el foco en los impactos que las políticas de drogas tienen sobre la niñez y las mujeres migrantes, analizando las rutas internacionales del tráfico de drogas como rutas de migración de sujetos específicos que se cruzan con el sistema penal. Las cárceles mexicanas contienen e invisibilizan un rostro de la migración que se cruza con la feminización de la pobreza, un rostro conformado por mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas y por miles de niñas y niños transnacionales, es decir, o bien separados de sus madres o de su país de origen. El capítulo propone una lectura del fenómeno migratorio en relación a las políticas de drogas, desde una perspectiva de género y del interés superior de la niñez.

El penúltimo capítulo analiza el régimen migratorio mexicano a la luz de la dimensión de género destacando múltiples formas de discriminación, en donde se discuten dos elementos centrales: a) cómo la comprensión de género contenida en la legislación mexicana afecta las experiencias de los extranjeros de géneros “no binarios”; y b) la intersección de ciertas normas legales reguladoras del acceso de extranjeros al mercado laboral en México con el género, como una diferenciación social que afecta la situación de los guatemaltecos en el mercado laboral de la Frontera Sur de México. El capítulo muestra que la dimensión de género en la legislación escrita puede ser vista con más claridad, solamente cuando es puesta en el contexto de la realidad social donde opera esta legislación.

Finalmente, el libro aborda la situación del trabajo doméstico de las mujeres migrantes en Chiapas, resaltando la incertidumbre legal de sus condiciones laborales. El trabajo doméstico constituye la actividad que con más frecuencia

desarrollan las mujeres migrantes, tanto a nivel mundial (donde las trabajadoras migrantes constituyen el 73.4% de las trabajadoras domésticas), como regional (las mujeres que se dedican a esta labor representan el 32% del trabajo doméstico en nuestro Estado). Realizar un estudio de las mujeres migrantes y su campo laboral preponderante resulta trascendental, ya que este colectivo sufre discriminaciones diferenciadas y específicas en torno a su sexo, que se agravan como consecuencia de la existencia de una regulación laboral inadecuada en este específico ámbito.

Finalmente, es relevante mencionar que el presente libro constituye el resultado del proyecto de investigación titulado “la protección jurídica de las niñas, adolescentes y mujeres migrantes en la frontera sur de México”, que realiza el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas (IIJ-UNACH), con apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT): Proyecto 232, Cátedras Conacyt.

Contenido

Prólogo	9
Introducción.....	13

M^a Elisa García López: “Migración y derechos humanos: ¿existe un derecho a migrar? Claves para su correcta ubicación en el Derecho interno y en el derecho internacional de los derechos humanos”

Introducción.....	21
El derecho a emigrar y establecerse en un tercer Estado: Origen y evolución histórica.....	23
La libertad circulatoria en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	27
La libertad de tránsito y el derecho a migrar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	43
Bibliografía.....	56

Ivonne Álvarez Gutiérrez: “La situación de los derechos de las niñas y adolescentes migrantes en la Frontera Sur de México: el caso de Tapachula, Villahermosa y Tenosique”

Introducción.....	61
Delimitación conceptual.....	63
Política migratoria	64
Los NNA no acompañados: más que sólo un número	67
Excepcionalidad de la condición de niñez	69
NNA: sujeto de derecho.....	72



Los derechos de los NNA no acompañados en la legislación mexicana.....	74
Los NNA en el caso de la frontera sur de México: Chiapas y Tabasco.....	76
Modelo de atención de menores.....	80
Chiapas, y la atención a NNA.....	83
Tabasco, y la atención a NNA.....	85
Los NNA que se van ¿por qué se van?.....	86
Conclusiones.....	90
Bibliografía.....	92

Manuel Gustavo Ocampo Munoa: “Desafíos de la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes en los municipios indígenas fronterizos de Chiapas”

Introducción.....	97
Marco regulatorio de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes indígenas migrantes en México	98
El contexto de los municipios fronterizos de Chiapas.....	105
Desafíos de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes indígenas en Chiapas.....	109
Propuesta para mejorar la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas migrantes en Chiapas. Capacitación al personal de la Procuraduría especial.....	115
Reflexiones finales	119
Bibliografía.....	121

Luis Manuel Martínez Vela: “El acceso a la justicia de la niñez en los procesos migratorios en el Estado de Chiapas”

Introducción.....	125
El Contexto General de las Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes en la Frontera Sur de México	126
Interés Superior de la Niñez. Migración y Derechos Humanos.....	136
El Acceso a la Justicia de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes como Parámetro Indispensable en la Tutela de los Derechos Fundamentales	137
El Papel y la Trascendencia de los Operadores Judiciales en la Instrumentación del Acceso a la Justicia de la Niñez Migrante	143

Conclusiones	146
Bibliografía.....	148
Corina Giacomello: “Traficantes y traficadas los rostros del encarcelamiento por políticas de drogas”	153
Introducción.....	153
Políticas de drogas: definiciones y consecuencias	154
Marco normativo en materia de drogas en México.....	159
Consecuencias del marco prohibicionista en el sistema penitenciario	163
Mujeres privadas de la libertad en México	167
Mujeres privadas de la libertad por drogas en Chiapas.....	171
Discusión	174
Bibliografía.....	176
Larisa Kosygina: “Régimen de migración mexicano actual y acceso a derechos por parte de las personas extranjeras: perspectiva de género desde la frontera sur mexicana”	179
Introducción.....	179
Marco teórico-metodológico de análisis: régimen de migración y género	180
México y su frontera sur en el contexto de migración internacional.....	183
“Personas no binarias” y dimensión de género en el marco normativo que regula la movilidad y estancia/residencia de los extranjeros en México: situación de las Estaciones Migratorias	188
Marco normativo del régimen de migración mexicano actual y el acceso de los extranjeros al mercado laboral: neutralidad de género en la norma escrita y la realidad social (el caso de los trabajadores fronterizos visitantes)	191
Carta de empleador (oferta de empleo) y acceso al mercado laboral por parte de las personas extranjeras en México: construcción de ilegalidad	192
Carta de empleador (oferta de empleo): el caso de las personas extranjeras con derecho a solicitar estatus de visitante trabajador fronterizo	194
Carta de empleador (oferta de empleo) y la situación de las guatemaltecas en la economía de la frontera sur de México.....	197
Conclusiones	199
Bibliografía.....	200

Laura Eloyna Moreno Nango: “Trabajo doméstico de las mujeres migrantes en Chiapas”	207
Introducción	207
Trabajadoras domésticas migrantes en Chiapas	208
Derechos de las trabajadoras doméstica migrantes en México	213
Trabajo de las mujeres migrantes en el espectro internacional	219
Conclusiones	223
Bibliografía	226

Migración y derechos humanos: ¿existe un derecho a migrar?

Claves para su correcta ubicación en el Derecho interno y en el derecho internacional de los derechos humanos

M^a Elisa García López¹

Introducción

A lo largo de este capítulo exploraremos la situación jurídica en la que se encuentra el derecho humano a migrar, a partir del estado en que se halle su tipificación, tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el derecho constitucional mexicano.

A fin de sentar las bases de nuestro estudio –y como mero punto de partida–, sería esencial clarificar que el derecho a migrar, en sentido riguroso, debería incluir en su contenido jurídico, al menos, los dos siguientes componentes:

1. La facultad de inmigrar, esto es, el derecho a entrar a un país del que no se es nacional (en la medida en que este derecho no se discute respecto de las personas nacionales de un Estado), pudiendo permanecer en él sin temor a ser expulsado –salvo en concurrencia de circunstancias excepcionales, tales como comisión de delitos graves, amenaza a la seguridad nacional, etc. En consecuencia, el derecho de entrada debería incluir a las personas extranjeras para que hablemos en rigor de un auténtico derecho de inmigración, como faceta indispensable del derecho a migrar.
2. La facultad de emigrar de un país, tanto propio como ajeno y, por lo tanto, el derecho de salir libremente de su territorio –empleando la terminología clásica–.

Ambas facultades pueden constituir, en sí mismas, derechos autónomos; si bien esto dependerá de las legislaciones internas y, en principio, no incide en su ámbito de protección, siempre que estén explícitamente consagrados en los textos constitucionales. Con independencia de ello, ambas facetas constituyen el reverso de una misma moneda y, por ello, se necesitan mutuamente,

¹ Doctora y Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca. Estudió una maestría en Acción Solidaria Internacional y de Europa, en la Universidad Carlos III de Madrid, y una segunda maestría en Derecho migratorio y de extranjería en la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente coordina el Proyecto Cátedras Conacyt 232 “la protección jurídica de las niñas y mujeres migrantes en la Frontera Sur”, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH.



encontrándose en relación de recíproca dependencia para que sea posible garantizar su ejercicio efectivo, individualmente considerado: una se constituye en condición indispensable para el ejercicio de la otra. En este sentido, no cabría hablar de derecho a inmigrar si previamente no se garantiza el derecho de salida de un país; y viceversa, no es posible garantizar el derecho de salida, si no existe la obligación jurídica previa de los Estados nacionales de admitir dentro de su territorio a las personas extranjeras que ya salieron de su país o de un tercer país –lo que no obsta para que dicho derecho encuentre limitaciones tasadas para su legítimo ejercicio.

Adicionalmente, un derecho a migrar sólido debería incluir una tercera faceta, el derecho a no migrar o (derecho a no emigrar), pero ésta encierra un sinnúmero de dificultades. Por ello, incluiremos esta faceta del derecho a migrar sólo con carácter potestativo, como algo deseable, debido a la extrema complejidad que conllevaría su garantía, por conectarse a otros múltiples derechos fundamentales.

El derecho a no migrar –entendida como faceta potestativa dentro del derecho a migrar- protegería el derecho a permanecer libremente en el propio país de nacimiento –o en un tercer país donde se resida sin poseer dicha nacionalidad-, si esa es la voluntad personal, libre y soberana de cada persona. Ello supondría excluir aquellas situaciones donde las personas se ven forzadas a migrar, que en materia de extranjería suelen catalogarse como miopes y restrictivamente dentro de la protección internacional que otorga el derecho de asilo y refugio. Sin embargo, la migración libre en países sumidos en la pobreza, en la violencia y donde se produce una violación sistemática de los derechos de las personas, constituye más bien un mito cómodo para los Estados y para las conciencias individuales: en tales contextos, las decisiones individuales de migrar están condicionadas y sometidas a múltiples factores de presión que merman sustantivamente la libertad individual soberana de las personas, hasta convertirla en algo inexistente; entre tales factores, ocupa un lugar muy destacado la inexistencia de garantías a los derechos fundamentales más básicos.

En consecuencia, el derecho a no migrar se conectaría íntimamente al derecho al desarrollo², y aquí empezarían las complejidades que mencionamos anteriormente. Podríamos incluso ir más allá, conectando el derecho a no migrar con la violación estatal –por acción y/o por omisión- de los derechos económicos, sociales y culturales, así como con la inexistencia de garantías jurídicas a los derechos a la vida, a la libertad personal y a la seguridad –a fin de que, en estos supuestos, no sea necesario que sus ciudadanos recurran a la protección internacional, ante la ausencia de protección nacional-. Dado el estado actual del Derecho Internacional Público, y considerando todas estas complejidades,

² AGUELO NAVARRO y CHUECA SANCHO señalan al respecto que “el derecho a no migrar implica que en los Estados de origen o de residencia de las personas ha de lograrse el desarrollo en todas sus dimensiones, alcanzando unas condiciones de vida dignas, que eviten el éxodo masivo de sus pobladores; “Contenido y límites del ius migrandi”; Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 7, N° 2, 2013, pp. 2-3.

consideraremos el derecho a no migrar como una faceta deseable, -pero no indispensable-, para que podamos hablar de un auténtico derecho a migrar.

Si reflexionamos en torno a su ubicación entre los derechos subjetivos clásicos, el derecho a migrar se encontraría íntimamente conectado con la libertad de circulación o libertad de tránsito, uno de los derechos fundamentales que fueron reconocidos desde el inicio del Estado Constitucional. En este sentido, el derecho a migrar se erige como uno de los contenidos de la más amplia libertad circulatoria.

A su estudio dedicaremos el inicio de nuestro trabajo, partiendo de un recorrido histórico que analiza las vicisitudes que rodearon su desarrollo, así como las propuestas doctrinales más relevantes que se formularon en apoyo a su reconocimiento, hasta desembocar en su consagración como derecho fundamental. Posteriormente exploraremos la situación en la que se encuentra la libertad circulatoria y, en su seno, el derecho a migrar, dentro del ámbito del Derecho Internacional Público. Dedicaremos el último apartado a estudiar su ubicación en el marco constitucional mexicano actual, así como la virtualidad jurídica que se desprende de su desarrollo legislativo.

El derecho a emigrar y establecerse en un tercer Estado: Origen y evolución histórica

La libertad circulatoria constituye un derecho relativamente reciente, reconocido en la época de las Revoluciones que dieron origen al Estado Constitucional. Durante toda la Edad antigua y la Edad Media la movilidad de las personas se encontró fuertemente constreñida³, existiendo un vínculo inescindible entre las personas y el territorio en el que se asentaban. Muestra representativa de ello era la situación de los siervos de la gleba en el medievo, vinculados a la tierra que trabajaban, con cuyos frutos pagaban al señor feudal. Posteriormente surgiría la facultad a su favor de mudar de residencia, pero al costo de perder la tierra que trabajaban e incluso parte de sus bienes muebles. La época de las Monarquías absolutas fue fértil en la imposición de limitaciones a la residencia, así como restricciones por motivos económicos o de imposición fiscal (peajes, pontazos...)⁴. Utilizando una terminología moderna, los Estados consideraban a sus nacionales como parte de su patrimonio intangible, restringiéndose sus movimientos.

Pese a ello, a lo largo de los siglos XVI y XVII el libre tránsito se convirtió en una práctica común entre los Estados europeos, de modo tal que los hombres –más

³ Aquí se sitúan, entre otros autores, GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*. Madrid, Civitas, 1991, p. 20. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Comentarios al artículo 11; Constitución Mexicana comentada, México, IJ-UNAM, 6ª edición, p. 54. CÁMARA ARROYO, Sergio. *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, sp.

⁴ ALZAGA VILLAAMIL, Oscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio y RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Derecho político español según la Constitución Española de 1978*. Vol II, *Derechos Fundamentales y órganos del Estado*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2ª ed., 1998, p. 105.



matizadamente, los hombres europeos⁵- podían acceder al territorio de un tercer Estado, de cuya nacionalidad carecían, con fines fundamentalmente comerciales.

La forma de conciliar esta aparente paradoja reside en comprender que la teoría de los derechos individuales, concebidos como derechos subjetivos, está fuertemente ligada al iusnaturalismo racionalista y al origen del Estado Constitucional de Derecho. De forma tal, que la idea moderna de los derechos fundamentales como límites al poder estatal y, simultáneamente, como facultades de actuación individuales, no es posible encontrarla previamente.

Teniendo esto en mente, puede sostenerse al mismo tiempo que la libertad de movimiento entre diversos Estados constituyó una práctica estatal común entre los Países Europeos, sin que, como tal, pueda percibirse en ello el ejercicio de derechos subjetivos individuales en el sentido moderno de la expresión. Convendría matizar que las potencias Europeas hacían uso del libre tránsito -a través, obviamente, de individuos particulares- para la defensa de sus intereses nacionales, fundamentalmente comerciales y, por ende, de conquista de nuevos territorios, -*terra nullius*, en la expresión de la época. Se trataba de una concepción estatista de la libertad de tránsito, promovida por las potencias europeas de forma tal que su ejercicio reportaba beneficios unilaterales para dichos Estados, legitimando tanto el derecho de conquista como el asentamiento colonizador⁶. Por ello, se ha afirmado atinadamente que se trataba de un derecho “descaradamente”⁷ auto-atribuido por las potencias Europeas y, como tal, un privilegio reservado⁸ a las potencias conquistadoras.

La reflexión sobre la legitimidad de un hipotético derecho a migrar -que incluyera la facultad de entrar al territorio de un Estado por parte de personas extranjeras, así como desplazarse por él, con la opción libre de radicar en su interior-, tiene su antecedente más notable en Francisco de Vitoria, en el seno de las cátedras sobre Derecho Internacional Público dictadas en la Universidad de Salamanca. Se debe a Vitoria la formulación del *ius communicationis* -antecedente remoto de la actual libertad circulatoria-, si bien en íntima conexión con la justificación de la conquista española del territorio de Indias, “sin que puedan prohibírsele los bárbaros, pero sin daño alguno para ellos”⁹.

Las propuestas de Vitoria tuvieron lugar en el marco de las denominadas *Relectio*, durante su etapa como catedrático de la Universidad de Salamanca. Recuperaba con ello una antigua tradición del profesorado, consistente en impartir

⁵ VITALE, E. Derecho a migrar: ¿el cumplimiento de la edad de los derechos?, *op. cit.*, p. 50.

⁶ En este sentido, CHEMILLIER-GENDREAU señala literalmente “Les puissances occidentales s’octroyèrent sans vergogne le droit de conquête (libre circulation à leur profit) et le droit de colonisation (libre établissement pour leurs colons)”, “La virtualité de la libre circulation”; *Plein droit* n° 36-37, décembre 1997, disponible en <https://www.gisti.org/spip.php?article3874>

⁸ *Idem*.
⁹ VITALE, Ermanno, *Ius migrandi*, Melusina, *op. cit.*, p. 381.

⁹ *Relectio* Prior de indis recentis inventis. Relaciones Teológicas, Madrid, 1934. Citado por CASTILLO DAUDÍ, Mireya. Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de Protección Internacional, *op. cit.*, p. 4, cita a pie de página n° 7.

conferencias al final de cada curso anual, sobre materias que quedaban a elección del catedrático, y donde solían abordarse los grandes temas de la época.

En este contexto, y en el seno de las preocupaciones éticas destapadas por la Conquista, Francisco de Vitoria se cuestionó la existencia de un título legítimo para que los españoles pudieran permanecer en la tierra que pertenecía a los Indios. En su argumentación, primero descartó aquellos títulos que por la época se usaban abundantemente para legitimar la conquista -tales como la conquista, la irracionalidad de los indios...- que, a su juicio, carecían de sustento jurídico alguno (y menos moral) para justificar la presencia de los españoles en los territorios descubiertos. Con una altura moral y una independencia de juicio plausibles en el contexto de su época, afirmó la radical igualdad entre los seres humanos, entre los indios y los españoles.

A fin de justificar el derecho natural que asiste a los hombres para emigrar e inmigrar, el razonamiento de Vitoria se apoyó en dos rasgos que resultan ser esenciales y comunes a toda persona: su sociabilidad y comunicabilidad. En la medida en que los seres humanos son por naturaleza sociables y entablan relaciones con otros hombres¹⁰, estando abiertos a ellos mediante su comunicabilidad, Vitoria deduce tres derechos: a) derecho al comercio, esto es, a establecer negocios con los indios (y otras poblaciones), de carácter recíproco; b) un *ius peregrinandi* o derecho a salir de su país y poder emigrar y c) *ius illic degendi*, o el derecho de poder establecerse¹¹.

El razonamiento de Vitoria fue más allá, señalando incluso la naturaleza jurídica de libertad que entrañaba tanto el derecho a emigrar como el de establecimiento, del cual se derivaban obligaciones de abstención para terceros (*non possunt ab illis prohiberi*)¹². Si bien Vitoria enfatizaba que el establecimiento de las personas extranjeras debía tener lugar de forma pacífica, amistosa y mutuamente respetuosa¹³, señalando con ello las condiciones necesarias para el ejercicio legítimo de ambos derechos. En tales condiciones, el derecho a recorrer el mundo y establecerse pacíficamente en un territorio, tendría el carácter de un *ius humanitatis*, del cual se derivaría un “deber universal de respeto”¹⁴.

¹⁰ MARZAL, Antonio, “El orden internacional público en la reflexión jurídica de Vitoria”; *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, N.º 3, 2004, p. 142.

¹¹ Ambos derechos quedan establecidos en la *Relectio de Indis*, de Vitoria, donde se señala literalmente “los españoles tienen el derecho de ir a aquellas provincias y de permanecer en ellas siempre que no provoquen daños a los indios y éstos no les pueden prohibir tales derechos”. CHUECA SANCHO, Á. G. *El ius migrandi en el Derecho Internacional de las Migraciones*, *op. cit.*, p. 758.

¹² El pensamiento de Vitoria en torno al derecho de los hombres a emigrar y a inmigrar, ha sido sintetizado por MARZAL en las siguientes tres proposiciones: a) Que todo hombre tiene el derecho a emigrar donde quiera (*ius peregrinandi*) y a establecerse allí donde ha ido (*ius illic degendi*); b) Que ese derecho es un “*ius libertatis*”, que obliga a todos los demás a comportamientos de no hacer (“*non possunt ab illis prohiberi*”); c) Y, finalmente, que el titular de ese derecho está siempre obligado a ejercerlo de manera convivencial y pacífica (“*sine nocumto barbarorum*”), “El orden internacional público en la reflexión jurídica de Vitoria”; *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, N.º 3, 2004, p. 143.

¹³ AGUELO-NAVARRO, P. y GRANERO SANCHEZ, H. V. Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del *ius migrandi*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴ CHUECA SANCHO, A.G., *El ius migrandi en el...*, *op. cit.*, p. 760.



Esta práctica era de tal importancia que algunos autores han señalado la existencia de un *ius migrandi* “reconocido como un derecho de la Humanidad y que durante siglos rigió la conducta de los Estados que entonces se denominaban ‘civilizados’”¹⁵.

Poco tiempo después, en la doctrina de Hugo Grocio –*De iure belli ac pacis*, 1625- se desprende la defensa de un *derecho a pasar* por terceros Estados y territorios, predicable tanto de las personas como de las mercancías, por motivos comerciales así como por otras causas. En su defensa, Grocio empleó un argumento que parece resultar profético a la luz de nuestros tiempos: “mi derecho no lo quita tu miedo”¹⁶.

La evolución posterior, del siglo XVIII en adelante, adquiere tintes más restrictivos, como consecuencia de la consolidación de la teoría de la soberanía que ejerce el Estado sobre su territorio y población. Dentro de las competencias personales que el Estado ostenta, íntimamente vinculadas al control territorial, se encuentra la potestad de decidir sobre la admisión y permanencia de personas extranjeras dentro de su territorio, competencia que, además, debe ejercer con carácter exclusivo, excluyente y discrecional.

Muestra elocuente de este estado de la cuestión se refleja en la Resolución aprobada en 1892 por el Instituto de Derecho Internacional, con sede en Ginebra, titulada *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*¹⁷. En ella se afirma categóricamente la competencia discrecional del Estado-Nación para admitir el acceso y/o permanencia en su territorio de personas extranjeras o denegarlo¹⁸, subordinando el permiso al cumplimiento de condiciones de ejercicio.

El surgimiento del Estado Constitucional de raíz liberal, determinó la entrada de la libertad circulatoria en los catálogos iniciales de derechos fundamentales, donde se vinculó desde sus inicios al derecho a la libertad personal. Su importancia es tal, que puede considerarse que la “libertad de desplazarse y establecerse es el signo exterior de los regímenes liberales”¹⁹.

Con todo, su formulación explícita se encuentra ausente en la Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, pudiéndose inferir tanto

¹⁵ AGUELO-NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H. V. Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del *ius migrandi*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁶ *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, traduc. de Jaime Torrubiano Ripio, Editorial Reus, Madrid, 1925, p. 298. Citado por CHUECA SANCHO, A.G., El *ius migrandi* en el..., *op. cit.*, p. 760.

¹⁷ Règles internacionales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, adoptadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra, del Instituto de Derecho Internacional.

¹⁸ Particularmente relevante resulta su artículo sexto, conforme al cual la entrada de extranjeros en el territorio de un Estado civilizado puede prohibirse de manera general y permanente, por razones muy serias de interés público, entre las que expresamente se incluyen la diferencia de modales básicos o la acumulación peligrosa de extranjeros en masa.

¹⁹ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. Comentarios al artículo 11; Constitución Mexicana comentada, México, IJ-UNAM, 6ª edición. En similar sentido, se ha señalado que los derechos vinculados a la libertad circulatoria “pertenece al acervo de la época contemporánea”. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio y RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. Derecho político español según la Constitución Española de 1978. Vol II, Derechos Fundamentales y órganos del Estado, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2ª ed., 1998, p. 105.

de su espíritu, como de la importancia de la libertad personal. Algunos autores la deducen implícita y conjuntamente de los artículos 4 y 7 de dicha Declaración²⁰.

La libertad circulatoria fue reconocida expresamente en la Constitución Francesa de 1791, dentro de los derechos naturales y civiles, con una formulación bien expresiva, que reconocía “la libertad de ir, permanecer, partir, sin poder ser detenido más que en la forma prevenida por la propia Constitución”²¹.

Su inserción dentro del catálogo de los derechos fundamentales se debe más a la influencia del liberalismo económico que del constitucionalismo político de raíz liberal²². Dicha inclusión no fue siempre de carácter explícito, en la medida en que las primeras Declaraciones de Derechos y textos constitucionales solían encuadrarla jurídicamente dentro de la libertad personal.

Tanto por sus orígenes históricos, como por su vinculación directa con la libertad personal, la libertad de tránsito constituye un derecho de primera generación. Aún siendo muy conscientes de que esta tipología resulta cuestionable en nuestros días, su principal virtud reside en arrojar luz sobre la índole de las principales obligaciones que derivan para los poderes públicos de este derecho fundamental: obligaciones negativas de respeto, de abstenerse de injerencias ilegítimas sobre el ámbito personal de libertad individual delimitado por el derecho a la libre circulación.

La libertad circulatoria en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La regulación de las principales cuestiones que rodean a la movilidad de las personas entre fronteras internacionales, ha ocupado desde sus inicios al reciente Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El punto de partida ineludible se sitúa en el análisis de los documentos internacionales integrantes de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, pues en ellos reside el núcleo duro del DIDH. Como es bien sabido, la Carta Internacional de los Derechos Humanos está conformada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), adoptada mediante Resolución General de la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1948, y los dos Pactos Internacionales aprobados en diciembre de 1966, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Estos tres instrumentos internacionales están dotados de carácter universal y ostentan una posición fundante de todo el DIDH en su conjunto. Pese a su innegable importancia, la DUDH constituye una resolución de la Asamblea

²⁰ Vid. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Comentarios al artículo 11, *op. cit.*, p. 54.

²¹ ALZAGA VILLAAAMIL, Oscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio y RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. Derecho político español según la Constitución Española de 1978. Vol II, Derechos Fundamentales y órganos del Estado, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2ª ed., 1998, p. 105.

²² *Idem*.



General que no comparte la naturaleza jurídica de Tratado Internacional de los dos Pactos aprobados en 1966.

Los derechos vinculados a la movilidad humana se insertan en los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ambos artículos se ubican sistemáticamente dentro de aquel grupo de derechos que los individuos ostentan y disfrutan en sus relaciones con los grupos sociales de los que forman parte (artículos 12 a 17)²³. De ambas disposiciones, la más sustancial para nuestro estudio es la primera de ellas, el artículo 13 DUDH, que consagra con carácter general la libertad circulatoria, señalando textualmente:

1. *Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.*
2. *Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.*

En sus dos apartados, haciendo uso de una formulación algo ambigua, incierta y poco concreta²⁴, se reconocen algunas de las facetas más importantes derivadas de la libertad circulatoria. Con todo, la importancia de estas dimensiones de la libertad circulatoria es tal que, en el marco de los derechos constitucionales, algunas de ellas gozan también de carácter autónomo.

Nuestro objetivo en este apartado consistirá en extraer, al menos, tres de los componentes claves de la libertad circulatoria: a) Titularidad activa; b) Contenido, incluyendo la determinación del área geográfica o espacial de ejercicio del derecho; c) Límites a su ejercicio.

Unas breves pinceladas sobre el contexto en que se gestó la DUDH resultan muy útiles para ayudar a comprender el sentido de esta disposición. La Declaración surge tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, que puso dramáticamente en evidencia la necesidad de proteger a los derechos fundamentales por encima del Estado Nacional, superando el paradigma que recluía a los derechos subjetivos dentro del estrecho – y excluyente- panorama de las competencias exclusivas del Estado nacional, como parte del monopolio estatal para la atención de sus asuntos internos, sin interferencias de terceros países.

En un contexto en el que cambiaban las demarcaciones territoriales fronterizas, surgieron tanto nuevos Estados como nuevos actores internacionales, dándose inicio a la llamada guerra fría y a la separación en dos bloques de la

²³ Seguimos aquí la tipología de derechos humanos descrita en ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Un breve comentario en su 50 aniversario*, Bilbao, Forum Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 1997, p. 58.

²⁴ AGUELO-NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H. V, destacan dos rasgos en su redacción: su “ambigüedad e inconcreción”, hasta el punto de señalar que, del artículo 13 de la DUDH, es posible extraer “interpretaciones contrapuestas”. *Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del ius migrandi*, op. cit., p. 74. En un sentido similar, pero sin hacer referencia explícita a la formulación textual del derecho, Javier DE LUCAS ha señalado que “el artículo 13 de la DUDH plantea uno de los derechos que pueden resultar más discutidos, o como mínimo que pueden tener una interpretación más discutible”, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asociación para las Naciones Unidas en España. Icaria, Barcelona, 1998, pp. 237-238.

Comunidad Internacional, al tiempo que finalizaba el proceso de descolonización. En este entorno subyacente, el nuevo paradigma de los derechos humanos por encima y más allá de los Estados Nacionales, venía primordialmente a otorgar protección a las personas frente al abuso y las inclinaciones autoritarias de sus propios Estados²⁵.

Los países podían negar a sus ciudadanos la facultad de salir de su propio país, tendencia que se confirmó con la emergencia del bloque comunista, continuando hasta la caída del muro de Berlín. Resultaba pues prioritario garantizar el derecho de salida de cualquier país -“incluso del propio”-, expresión que revelaba las fuertes resistencias estatales a su reconocimiento. Estas resistencias continúan aún presentes en la situación actual de los ciudadanos cubanos, si bien la tendencia se ha revertido y las restricciones al derecho de salida de los nacionales resultan absolutamente excepcionales en el panorama mundial. Por ello, “la libertad de movimiento fue pensada como derecho humano sólo en la dirección de salida”²⁶. El reto en el actual mundo en movimiento, es garantizar el reverso de esta moneda, en su facultad de derecho de entrada a cualquier país.

Del análisis del artículo 13 DUEDH cabe destacar una notable diferencia entre el contenido de sus dos párrafos. Iniciaremos en sus aspectos compartidos. De una interpretación gramatical y literal del artículo 13, la nota común a ambos párrafos reside en el reconocimiento de una amplia titularidad activa para las diversas facultades consagradas en ellos, predicable a favor de toda “persona” –con los matices que después haremos-.

Si pasamos ahora a examinar el contenido del derecho, se observa que en cada párrafo del artículo 13 se consagran dos importantes facultades derivadas de la libertad circulatoria, lo que hace un total de cuatro facultades o sub-derechos, –parafraseando a Javier de Lucas²⁷-. Su análisis se hará en tandas de dos, a fin de respetar la estructura del artículo y sus puntos comunes.

- En el primer párrafo del artículo 13 aparecen consagrados dos derechos: 1. El derecho a la libre circulación, libertad de tránsito o libertad circulatoria. 2. El derecho a fijar y elegir residencia dentro del territorio de “un Estado”.

²⁵ ZAPATA-BARRERO, Ricard. “Fronteras”, *La Vanguardia*, 9 de octubre de 2007. En un sentido similar, enfatizando el contexto tanto político, como cultural predominante en el que surge la DUDH, se citó a TOMÉ DA MATA, Edileny, *op. cit.*, p. 166.

²⁶ ZAPATA-BARRERO, Ricard, continua señalando que “Esta opción salida es la que definía las fronteras, pues una parte de la población mundial no tenía esta libertad de poder salir de su territorio (la de los antiguos países comunistas), y en el marco del cual se inicia el debate sobre la sociedad abierta (los que pueden salir) y la sociedad cerrada (los que no pueden salir) de K. Popper”, “Fronteras”, *La Vanguardia*, 9 de octubre de 2007.

²⁷ Para Javier de Lucas, “El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia un principio general de una configuración más difícil por la cantidad de derechos conexos a los que afecta como son (entre otros) el derecho a la libertad, el principio de la no discriminación, el derecho a buscar asilo, el derecho a una nacionalidad, la protección a la inmigración, el derecho de los extranjeros en un Estado, etc.”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asociación para las Naciones Unidas en España. Icaria, Barcelona, 1998, p. 237-238.

La titularidad activa se proclama en ambos casos a favor de toda persona, lo que incluiría tanto a los nacionales como a las personas extranjeras, sin precisiones en torno a su estatus migratorio. En apoyo de ello resulta determinante el adjetivo indefinido (“un”) empleado al final del primer párrafo -“un Estado”-, excluyendo el uso del pronombre posesivo “su” (que, sin embargo, si se usará al final del segundo párrafo del mismo artículo).

En los autores analizados, todo ellos aplican la expresión “un Estado” de forma extensiva a los dos derechos consagrados en el primer párrafo del artículo 13 DUDH, como recurso argumentativo a favor de una amplia titularidad activa -y no únicamente para hacer referencia al derecho a la elección de residencia, que precede de forma inmediata a dicha expresión-.

A fin de determinar el ámbito de aplicación geográfica o física en cuyo seno se circunscribe el ejercicio de estos derechos, resulta en mi opinión esencial dilucidar si la dicción literal del final de este párrafo (“dentro del territorio de un Estado”), es igualmente aplicable de forma extensiva a ambos derechos -utilizando la misma lógica argumentativa previa. Obviamente, el resultado de ambas operaciones es de tenor opuesto. La primera de ellas, conduce a una extensión de la titularidad activa y, adicionalmente, resulta una operación lógica por razones de economía gramatical (como consecuencia del uso de la conjunción copulativa “y” entre ambas facultades). Sin embargo, la aplicación de la expresión “en el territorio de un Estado” al derecho a la libre circulación, conduce a un resultado de carácter restrictivo, reduciendo el ámbito de aplicación geográfica del ejercicio de dicha libertad al interior del territorio estatal delimitado por sus fronteras.

Dada su ubicación, resulta indudable la aplicación de la expresión “en el territorio de un Estado” al derecho a elegir libremente residencia, que incluiría por lo tanto la facultad de fijar libremente la propia residencia dentro del territorio de un Estado, así como el derecho de mudar también libremente de domicilio. Esta conclusión resulta obvia, fuera de toda discusión.

No resulta sin embargo tan obvia la segunda operación apuntada, esto es, si resulta aplicable la expresión “en el territorio de un Estado” al derecho que toda persona tiene a circular libremente. Y aquí reside, en mi opinión, el punto central de donde emerge la mayor ambigüedad e indefinición de esta disposición.

La pregunta clave a resolver sería pues si la expresión señalada “dentro del territorio de un Estado” (art. 13.1) -que constituye el espacio físico en el que se circunscribe el área geográfica de actuación del derecho a elegir residencia- resulta también aplicable al derecho a la libre circulación. De ser un resultado positivo, la libertad circulatoria quedaría entonces circunscrita a un derecho de libre tránsito de carácter interno, que permitiría ejercer la libertad física tan sólo dentro de las fronteras de un país, pero no facultaría a transitar más allá de éstas, negándose con ello el derecho a inmigrar.

En los autores analizados, no se ha encontrado un examen específico de esta cuestión, pero en todos se ha coincidido en aplicar extensivamente el término “un Estado” para ambos derechos, sin que se hagan explícitas las razones para no actuar de igual modo a fin de delimitar el ámbito de actuación geográfica de los mismos. En contra, actuaría el principio de interpretación favorable al ejercicio de los derechos, o *principio pro homine*, que obliga a interpretar extensivamente el contenido derecho, y a hacer interpretaciones restrictivas de sus límites.

Algunos autores parecen apuntar a la conclusión a la que conduce el uso de la interpretación gramatical estricta de este primer párrafo del artículo 13. Entre los comentarios a la DUDH, se señala que “toda persona que se encuentre dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia”²⁸. En idéntico tenor se ha destacado que “en su formulación no recoge la libre circulación de país a país, o entre países, aunque sí el derecho a emigrar del propio país”²⁹.

Resulta pues necesario hacer uso de otros criterios interpretativos adicionales a la interpretación literal. El recurso a la interpretación histórica nos conduciría a examinar los trabajos preparatorios de la DUDH, a fin de descubrir la intención subyacente en el momento de redactarse y aprobarse esta disposición.

En este contexto, la doctrina ha señalado que en el ánimo de los representantes de algunos Estados existía una fuerte convicción de descartar la libertad circulatoria fuera de las fronteras nacionales³⁰ (lo que hubiera abierto la puerta al “derecho general de inmigración”³¹). El recurso a la interpretación histórica conduce pues a reforzar la interpretación gramatical propuesta: el artículo 13.1 consagra exclusivamente la dimensión interna de la libertad circulatoria.

- Por su parte, en el segundo párrafo del artículo 13 de la DUDH, se reconocen dos derechos que constituyen también emanaciones de la libertad circulatoria: a) el derecho de salir de cualquier país (“incluso” del propio) y b) el derecho a regresar a “su” país.

Aunque la estructura es idéntica al primer párrafo ya analizado, una lectura incluso superficial revela un agudo contraste: pese a que la disposición se abre con una formulación amplia de sus destinatarios (“toda persona”), el uso del término “incluso” y del posesivo (“su”) matizan, en sentido restrictivo, la generosa titularidad activa con que se abría esta disposición.

²⁸ VVAA, Declaración Universal, versión comentada, Guatemala, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de derechos humanos, 2011, pp. 24-25. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf>

²⁹ ALCOBERRO, Ramón. Comentarios al articulado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en <http://www.alcoberro.info/comentarios-al-articulado-de-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos.html>. En sentido idéntico se inserta la interpretación de la Organización Internacional del Trabajo y Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, Migración, Derechos Humanos y Gobernanza. Manual para Parlamentarios no. 24, Unión Interparlamentaria 2015, p. 21.

³⁰ CHEMILLIER-GENDREAU, M., citado por CHUECA SANCHO, A.G., “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, *op. cit.*, p. 769.

³¹ *Idem*.

1. Derecho a salir de cualquier país, “incluso” del propio: supondría la facultad inequívoca a favor de cualquier persona extranjera, para salir libremente de un Estado del que no es nacional. Respecto a los nacionales del propio Estado, en principio y con carácter general, disfrutaban del derecho de salir de su propio país, pero al incluirse la preposición “incluso”, se sobreentiende que cabrían limitaciones de carácter excepcional. Dicho en términos más sencillos, las mayores dificultades al ejercicio de este derecho podrían recaer excepcionalmente sobre los nacionales (nunca sobre los extranjeros).
2. Derecho de regresar al propio país (precedido por el pronombre posesivo “su”): esta facultad se garantiza en exclusiva a favor de las personas nacionales que abandonaron su Estado y desean retornar a él. Quedan excluidas las personas extranjeras. Dado que el DIDH fija topes mínimos, susceptibles de ser rebasados al alza por los Estados, ello no impediría que, aquellos países que desearan establecer regímenes más generosos, pudieran hacerlo en sus legislaciones internas concediendo el derecho de retorno también a favor de las personas extranjeras.

En el artículo 13 de la DUDH –ni a lo largo de todo su articulado– no hay ni rastro del derecho de entrada a cualquier país, que se erige como el correlato natural necesario a la facultad anteriormente reconocida de salir de un país.

En síntesis, incluso en la DUDH –donde cabe encontrar un reconocimiento generoso de la libertad circulatoria a favor de todas las personas, con los matices ya señalados–, está significativa y premeditadamente ausente el reconocimiento del derecho de entrar a cualquier país. Esta ausencia supone la exclusión del derecho a inmigrar, tanto individual como colectivamente de la DUDH³². La facultad de admitir a personas no nacionales dentro del territorio se mantiene aún como una facultad soberana del Estado-Nación (receptor), y no aparece contemplada como un derecho subjetivo a favor de las personas extranjeras individualmente consideradas.

En la más optimista de las interpretaciones, cabría deducir un menguado derecho a migrar de la DUDH, reconocido tan sólo de forma “parcial y fracturada”³³. Por eso, la doctrina ha destacado la positivación incompleta del derecho a migrar o *ius migrandi* en la DUDH³⁴, en la medida en que el derecho a salir de un Estado obtiene un reconocimiento inequívoco, pero “no parece tan claro el derecho a entrar en el territorio de cualquier Estado”³⁵.

³² En el mismo sentido, DE LUCAS, Javier, quien ha señalado que “este artículo 13, sin embargo, no incluye ni ampara el derecho de cualquier persona a entrar libremente en otro país que no sea el suyo, es decir, que no se reconoce en la Declaración el derecho de entrada ni el derecho a la inmigración individual ni colectiva”, La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asociación para las Naciones Unidas en España. Icaria, Barcelona, 1998, pp. 237-238.

³³ VITALE, E. El derecho a migrar: el cumplimiento de la edad de los derechos?, *op. cit.*, p. 53.

³⁴ AGUERO-NAVARRO, P. y GRANERO SANCHEZ, H. V. Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del *ius migrandi*, *op. cit.*, p. 75.

³⁵ *Idem*.

En consecuencia, de la libertad circulatoria tal y como está proclamada en el artículo 13 de la DUDH, cabe extraer una fuerte “asimetría”³⁶ del derecho a migrar: se reconoce abiertamente el derecho a salir de cualquier país a favor de los extranjeros (y, mucho más matizadamente, a favor de las personas nacionales), pero sin que paralelamente se reconozca el correlato necesario para poder ejercer eficazmente dicho derecho, esto es, la obligación de terceros Estados de admitir en el interior de su territorio a las personas (incluyendo también a los no nacionales) que tienen el derecho a salir de otro Estado. Esta asimetría provoca una paradoja, en la medida en que la DUDH dibuja una especie de derecho a permanecer en el limbo, cuando es bien sabido que actualmente todo el territorio de la Tierra está dividido en Estados-nación, sin que existan territorios de nadie. Para Javier de Lucas, esta paradoja crea un “derecho a estar en órbita”³⁷.

El carácter dramático de esta omisión queda al descubierto en aquellos supuestos en los que las personas abandonan su propio país –o un tercer país– por motivos de persecución, a fin de con ello preservar su vida, libertad y seguridad. En tales casos –que como es bien sabido conforman las bases del derecho de asilo y refugio, reconocido en el artículo 14 DUDH³⁸–, el DIDH establece la prohibición estatal de devolver a dichas personas al país donde su vida, libertad o seguridad se encuentra amenazada (principio de non refoulement). Dado que, conforme a lo establecido en la DUDH, es lícito para los Estados restringir en su territorio la entrada de personas no nacionales, en los supuestos de hecho configuradores del asilo, se produce otra grave asimetría, en la medida en que la posibilidad de salir del propio país, al no estar amparada por la obligación correlativa estatal de acoger a tales personas, adquiere no sólo tintes dramáticos³⁹ sino, más allá, deja en un auténtico callejón de salida a dichas personas.

En consecuencia, la “libertad de locomoción sin fronteras”⁴⁰ no aparece consagrada en el artículo 13 DUDH, y por mucho que forcemos la letra –y aún el espíritu– de dicha Declaración, no cabe extraer de ella el reconocimiento de

³⁶ DE LUCAR, Javier. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 237-238.

³⁷ *Idem*. En idéntico sentido al señalado, Vitale indica que “por más que sea importante establecer que todos tienen el derecho de dejar cualquier país, incluso aquél del que se es ciudadano, es del todo evidente que el *ius migrandi* tomado en serio contempla también, como bien sabía Vitoria desde 1539, la afirmación del derecho de cualquier individuo a elegir la propia residencia en cualquier parte del planeta. Y cada derecho efectivo a favor de un sujeto conlleva un deber a cargo de otro: en este caso, el deber que tiene el país elegido por un individuo como residencia estable, de acogerlo como nuevo ciudadano”.

³⁸ El artículo 14 de la DUDH establece textualmente: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Se encuentra ausente la obligación de los Estados de recibir a los solicitantes de asilo. GÓMEZ ISA, Felipe (dir.) La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 138.

³⁹ En este sentido, ALCOVERRO ha señalado que “cada país puede restringir la entrada de naturales de otros, con lo que se produce la paradoja de que el derecho a escapar de una situación de guerra o de miseria no se corresponde con la obligación de acoger”.

⁴⁰ La expresión es usada por TOMÉ DA MATA, Edileny, A Trajetória Migratória como Cenário de Análise, Análise do Artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; PRONER, Carol, OLÁSOLO ALONSO, Héctor, VILLÁN DURÁN, Carlos, RICOBOM, Gisele, BACK, Charloth (coords.) 70º aniversario de la declaración universal de derechos humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión, Tirant lo Blanch, 2018, p. 166.



un derecho general a migrar proclamado a favor de todas las personas⁴¹. A lo mucho, del artículo 13 DUDH se deriva un derecho a emigrar -cuyo ejercicio se favorece especialmente a las personas extranjeras asentadas en un Estado del que no son nacionales, que pueden en cualquier momento salir de él- y el subsecuente derecho de entrada, sólo está reconocido a favor de los nacionales de un Estado.

En conexión con esta idea, es importante tomar en consideración un factor adicional que se deriva de la propia naturaleza jurídica de la DUDH: no constituye un Tratado internacional, sino una Declaración emitida en forma de Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por tanto, no nos encontramos ante una fuente del derecho internacional que establezca topes mínimos exigibles en forma de obligaciones estatales, sino ante un ideal común de todas las naciones y, en su condición de tal, ante un texto progresivo, destinado a alumbrar el futuro común hacia donde ir⁴².

Pese a ello, son cada vez más los internacionalistas que consideran que la DUDH, por su importancia y nivel de adhesión generalizada, está adquiriendo progresivamente el carácter de una costumbre internacional, lo que terminaría dotándola con el tiempo de la fuerza jurídica que por ahora carece.

Bajo estas consideraciones, cabría pensar que las reglas de interpretación de los Tratados internacionales, establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1962, podrían servir como marco de referencia para abordar las dudas que emanen del texto de la DUDH. Especialmente relevante resulta el artículo 32 de dicha Convención, que prohíbe aquellas interpretaciones conducentes a resultados absurdos o irrazonables⁴³. Chemiller-Gendreau aboga por la aplicación de esta regla interpretativa al artículo 13 de la DUDH⁴⁴ a fin de evitar la paradoja que ya se señaló.

Finalmente, quisiera enfatizar que la DUDH no hace ninguna mención a los límites legítimos susceptibles de ser impuestos a la libertad circulatoria por parte de los poderes públicos internos, cuestión que abordan expresamente otros documentos internacionales.

Habiendo examinado el artículo 13 DUDH, resta ahora analizar la libertad circulatoria tal y como aparece consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. Ambos textos constituyen “los principales hitos del

⁴¹ En sentido divergente se manifiesta Bondía García, para quien el derecho a migrar consagrado en la DUDH comprendería el derecho de toda persona “a salir de su país, entrar en otros y a establecer su residencia en el lugar de su elección”, *Derechos humanos emergentes*, *op. cit.*, p. 700.

⁴² En idéntico sentido, la ONU ha señalado que la “Declaración Universal no es un ‘mínimo común denominador’. Proclama, por el contrario, un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. Su tono progresista e incluso innovador queda de manifiesto en muchos de sus artículos”. Boutros-Ghali, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos: 1945-1995, Introducción del Secretario General de las Naciones Unidas*, Nueva York, Naciones Unidas, 1995, p. 29.

⁴³ En el mismo sentido se expresa CHUECA SANCHEZ, Angel G., *op. cit.*, p. 770.

⁴⁴ Citado por AGUELO-NAVARRO, P. y GRANERO SANCHEZ, H. V. Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del *ius migrandi*, *op. cit.*, p. 76.

proceso de positivación internacional de los derechos humanos llevado a cabo bajo los auspicios de la ONU⁴⁵.

El PIDCP cuenta con un órgano encargado de supervisar su aplicación por parte de los Estados, y a quien también corresponde fijar su interpretación, disipando con ello las dudas que puedan surgir de su articulado: el Comité de Derechos Humanos. El tema que nos ocupa ha sido objeto de dos Observaciones Generales emitidas por el Comité de Derechos Humanos: una dirigida concretamente a la interpretación de la libertad de circulación, que fue emitida el 2 de noviembre de 1999 (Comentario General n° 27⁴⁶); otra más temprana, aprobada en abril de 1986, que aborda con carácter general la situación de las personas extranjeras conforme al Pacto (Observación General n° 15). Ambas serán utilizadas para abordar la interpretación de la libertad de tránsito, tal y como está reconocida en el art. 12 PIDCP.

Del análisis del conjunto del articulado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos cabe extraer, como norma general -susceptible de excepciones puntuales- que los destinatarios de los derechos contemplados son "todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción" (párr. 1 del art. 2). Ello supone que las obligaciones de los Estados se dirigen a todas las personas, tanto nacionales como extranjeros que se encuentren en su territorio y sometidos a su jurisdicción⁴⁷. Dentro de las personas extranjeras, las normas que contemplan derechos en el PIDCP se aplicarán con independencia de consideraciones de reciprocidad o del posible estatus de apatridia de algunos de ellos, salvo aquellas normas puntuales que contemplen excepciones a esta norma general⁴⁸.

En materia de movilidad humana internacional, las disposiciones más relevantes del PIDCP son los artículos 12 y 13, especialmente el primero de ellos, por consagrar la libertad circulatoria y ser el correlato en el PIDCP del artículo 13 ya examinado de la DUDH.

El artículo 12 del PIDCP establece literalmente:

1. *"Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.*
2. *Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.*
3. *Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas*

⁴⁵ PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 6ª ed., 1999, p. 127.

⁴⁶ ONU, Comité de Derechos Humanos, CCPR Observación General n° 27, Libertad de circulación (art. 12): 02/11/99. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, (General Comments), 2 de noviembre de 1999.

⁴⁷ En este sentido -en el apartado cuarto de la Observación General n° 15-, el Comité de DDHH ha señalado que "el Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica, según proceda".

⁴⁸ Comité de Derechos Humanos. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto: 11/04/86. CCPR Observación General 15 (General Comments), 27ª período de sesiones, 1086.



o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. *Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.*

Si comparamos su texto con el artículo 13 de la DUDH, resaltan algunas notas: a) En primer lugar, una formulación más acotada gramaticalmente y, por ello, menos ambigua; b) En contrapartida, el enunciado encierra un tenor mucho más restrictivo, en lo que respecta a la titularidad activa de la libertad circulatoria en sentido estricto; c) Previsión expresa de limitaciones al derecho, inexistentes en la DUDH (párrafo tercero); d) Inclusión de mayor determinación en lo que respecta al derecho de entrada, al que se le dedica el último párrafo de la disposición, restringido a los nacionales, y redactado en forma de prohibición dirigida a los Poderes Públicos internos de impedir arbitrariamente su entrada.

La explicación del tenor más restrictivo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se deriva, fundamentalmente, de su naturaleza jurídica. Al no tener la DUDH carácter vinculante para los Estados, resultaba más sencillo que los representantes pudieran consensuar formulaciones generosas en una Declaración que pretendía trazar las bases del nuevo orden mundial, sin imponer obligaciones expresas a los Estados -lo que se hubiera traducido, necesariamente, en tenores aún menos permisivos en su formulación-.

Conforme establece el artículo 12 PIDCP, dentro del contenido de la libertad circulatoria se incluirían cuatro facultades: el libre desplazamiento y la libertad de elección del lugar donde residir (formuladas conjuntamente en su apartado primero); el derecho a salir de un país (apartado segundo); y el derecho de entrar a un país (apartado cuarto), con las especificaciones que se harán a continuación.

- El reconocimiento de la libertad de desplazamiento se circunscribe geográficamente al interior del territorio del Estado, sin dar pie a juegos interpretativos ni confusiones de ningún tipo en lo que se refiere al ámbito espacial en que esta facultad podrá ejercerse: aparece clara y expresamente determinado en el primer apartado del artículo 12 (“*en el territorio de un Estado*”). Se trata pues de la consagración de la movilidad interna, a lo largo de todo el territorio nacional, “incluidas todas las partes de los Estados federales⁴⁹” -en el supuesto de Estados descentralizados-. Su disfrute no puede hacerse depender de “ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar⁵⁰”.

⁴⁹ *Idem*, apartado quinto.

⁵⁰ *Ibidem*.

- La libertad de residencia incluye también una especificación clara del área geográfica donde podrá tener lugar dicha elección (“en él”, esto es, dentro del territorio del Estado).
- La titularidad activa tanto de la libertad circulatoria interna como del derecho a establecerse y escoger residencia dentro del territorio nacional (reconocidos ambos en el primer párrafo del artículo 12) queda restringida a favor de toda persona que se halle legalmente dentro del territorio de un Estado. El Pacto Internacional emplea para ello una terminología que resulta inadecuada, explicable por su fecha de adopción.

En el requisito de legalidad concurren dos connotaciones principales:

- a) Una de carácter subjetivo, en la medida en que se dirige expresamente a las personas extranjeras que transitan y/o residen dentro del territorio de un Estado de cuya nacionalidad carecen. A los nacionales de dicho Estado se les presupone siempre el requisito de legalidad, salvo circunstancias excepcionales ligadas fundamentalmente a la privación de libertad derivada de exigencias penales. Tal y como explica el Comité de DDHH, “en principio, los nacionales de un Estado siempre se encuentran legalmente dentro del territorio de ese Estado”.
- b) En consecuencia –y a diferencia de la amplia titularidad activa que se desprende de la DUDH- la libertad circulatoria interna consagrada en el PIDCP se predica tanto de los nacionales de un Estado como de las personas extranjeras que se hallen en situación migratoria regular (actualizando la terminología usada por el Pacto). Quedarían excluidas las personas extranjeras que se encuentran dentro del territorio nacional sin cumplir con los requisitos administrativos de entrada y/o permanencia establecidos por la legislación interna del Estado receptor.
- c) Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12”.
- d) Una connotación objetiva: Será el derecho interno del Estado concernido (el país receptor) a quien compete la determinación concreta de las exigencias que deben cumplir las personas extranjeras dentro de su territorio⁵¹. En mi opinión, tales exigencias deben estar contenidas en una norma con rango legal y, por ello, derivada del Poder legislativo interno. La exigencia de legalidad es, en sí misma, una garantía de no intromisión

⁵¹ En torno al requisito de legalidad exigido por el artículo 12, el Comité de Derechos Humanos, ha señalado que “la cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”. Comentario General 27.

- del poder ejecutivo en la regulación de esta delicada materia, que constituye el núcleo duro de los regímenes internos de extranjería.
- e) La libertad de salir de cualquier país, incluso del propio (12.2) sigue la misma formulación de la DUDH, de modo que el derecho a emigrar nuevamente se facilita más a las personas extranjeras que a los propios nacionales.
 - f) El derecho de entrar a un país, está expresamente reconocido dentro de las facultades comprendidas en el seno de la libertad circulatoria. La inclusión del posesivo “su” delante del sustantivo país, determina una restringida titularidad activa de este concreto derecho, reconocida en exclusiva a favor de los nacionales de dicho país –excluyendo con ello a las personas extranjeras-. Con ello, quedaban clausuradas las esperanzas respecto al reconocimiento de un derecho a migrar deducible del PIDCP.
 - g) El párrafo tercero del artículo 12 incluye las limitaciones a la libertad circulatoria –en sus múltiples facetas reconocidas a lo largo de los restantes tres apartados-. Autoriza a los Estados a restringir los derechos contemplados en esta disposición, sólo y exclusivamente por las causas y finalidades explícitamente señaladas, a saber: por motivos de protección de la seguridad nacional, del orden público, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros. Adicionalmente, contienen importantes indicaciones en torno al procedimiento en que dichas restricciones pueden ser legítimamente impuestas por los Estados signatarios: han de estar legalmente previstas (en norma con rango de ley), deben ser necesarias en una sociedad democrática para cumplir con alguna de las finalidades explícitamente previstas, siendo además compatibles con todos los restantes derechos reconocidos a lo largo del PIDCP⁵².

Para dilucidar el sentido auténtico de esta disposición, el primer recurso reside en acudir a la interpretación realizada al respecto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Dicho Comité, en el Comentario General que realizó el año 1999 al artículo 12 PIDCP afirmó categóricamente que “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”. Con ello, confirmaba la amplia tradición constitucional existente en la materia, donde la libertad de tránsito había surgido dentro de la órbita del derecho a la libertad personal –del cual terminaría independizándose como derecho autónomo.

El Comité también determinó que cuando el artículo 12.4 emplea el término “su país” implica una acepción más amplia al de país de la nacionalidad:

“Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia. En principio, los nacionales de un Estado siempre se encuentran legalmente dentro del territorio de ese Estado. La cuestión de si un

⁵² *Idem*, Apartado 11.z

extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado. Al respecto, el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12⁵³.

Con carácter previo, el Comité de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, en una Observación General emitida el año 1986. En relación al derecho a migrar, observó tajantemente que:

“El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”⁵⁴.

Ante esta situación, algunos autores han señalado que, en el artículo 12 del PIDCP, los Estados definieron el derecho de los extranjeros “casi exclusivamente desde su posición territorialista”⁵⁵.

Junto a los instrumentos integrantes de la Carta Internacional, el panorama en torno a la libertad circulatoria en el DIDH, exige contemplar otros documentos internacionales adicionales, que aún careciendo de fuerza vinculante, ayudan a clarificar las confusiones y ambigüedades que predominan en esta materia. En este sentido, en el año 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió una Resolución que contiene la “Declaración sobre los derechos humanos que se deben reconocer a las personas que no poseen la nacionalidad del país donde residen”⁵⁶.

Su artículo segundo, con una terminología que resulta ya obsoleta, se muestra categórico al establecer que:

“Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las

⁵³ Apartado cuarto del Comentario General Nº 27, CCPR, 2 de noviembre de 1999.

⁵⁴ Apartado quinto de la Observación General Nº 15, CCPR, 11 de abril de 1986.

⁵⁵ CHUECA SÁNCHEZ, A. Op. cit, p. 770.

⁵⁶ Resolución de la AG. de Naciones Unidas 40/144, de 13 de diciembre de 1985. La Declaración, tras su preámbulo, se inicia con una aclaración concepción, precisando que el término extranjero se aplica “a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre” (art. 1).

obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos”.

La Resolución reafirma el carácter de topes mínimos de las normas del Derecho Internacional Público reguladoras de los derechos de las personas extranjeras⁵⁷. Parte de la premisa del respeto a la soberanía estatal en la reglamentación de las condiciones de entrada y estancia de las personas extranjeras dentro de su territorio, legitimando la existencia de tratamientos normativos diferenciados entre nacionales y extranjeros, así como la posibilidad de restricciones adicionales a los derechos de éstos últimos.

Así mismo, consagra expresamente el derecho de toda persona extranjera a salir del país, estableciendo la posibilidad de restricciones legales a su ejercicio⁵⁸. La libertad de movimiento y el derecho a elegir la residencia se restringe nuevamente al territorio nacional de aquel Estado donde las personas extranjeras gocen de regularidad administrativa⁵⁹, excluyendo de la titularidad activa a los extranjeros irregulares. La Resolución contempla también la posibilidad de expulsión de extranjeros en situación regular de forma excepcional, “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”, prohibiéndose tajantemente tanto la expulsión individual como colectiva “por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico”⁶⁰.

Finalmente, esta Resolución prevé de forma muy concisa las obligaciones genéricas a cargo de las personas extranjeras⁶¹, precisando que consisten en la observancia de las leyes del Estado receptor y el respeto a las costumbres y tradiciones del pueblo de dicho Estado.

En la misma línea se sitúa la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁶², cuyo artículo 79 estipula que “*nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares*”. El derecho de salida de cualquier Estado, incluso del propio se contempla a favor de los trabajadores migrantes en su artículo octavo⁶³.

⁵⁷ El apartado segundo del artículo 2 señala al respecto que “la presente Declaración no menoscabará el goce de los derechos otorgados por la legislación nacional ni de los derechos que, con arreglo al derecho internacional, todo Estado está obligado a conceder a los extranjeros, incluso en los casos en que la presente Declaración no reconozca esos derechos o los reconozca en menor medida”.

⁵⁸ El apartado segundo el artículo 5 proclama: “A reserva de las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como los enunciados en la presente Declaración”.

⁵⁹ Al respecto, el artículo 5.3 de la Declaración señala textualmente: “Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado”.

⁶⁰ Artículo séptimo.

⁶¹ La Declaración señala textualmente en su artículo 4 que “Los extranjeros observarán las leyes del Estado en que residan o se encuentren y demostrarán respeto por las costumbres y tradiciones del pueblo de ese Estado”.

⁶² Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

⁶³ “Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen.

Adicionalmente, la libertad de tránsito fue temprana y fragmentariamente reconocida por el Derecho Internacional Humanitario, que es aquella rama del Derecho Internacional Público que busca la protección de las personas en tiempos de conflictos armados y, por ende, en uno de los momentos en que los derechos humanos se ven más gravemente amenazados. El 12 de agosto del año 1949 fue aprobado el Convenio IV de Ginebra, sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra. Su sección II aborda la protección de las personas extranjeras que se hallan dentro de una de las partes en conflicto, bajo el principio general de que su situación debe regirse por las disposiciones relativas al trato debido a los extranjeros en tiempo de paz. El artículo 35⁶⁴ es la disposición más importante para nuestro estudio, pues contempla una faceta específica de la libertad circulatoria, el derecho a poder salir voluntariamente del territorio al comienzo o en el transcurso de un conflicto armado. Incluso el siguiente artículo especifica que los gastos del traslado correrán a cargo del país de destino de las personas extranjeras, o bien en caso de estancia en país neutral, por cuenta de la Potencia de la que los beneficiarios sean súbditos.

Su inserción dentro del Derecho Internacional Humanitario -aún de forma incompleta-, revela la importancia de la libertad circulatoria, incluso para un ámbito tan refractario como es el Derecho Internacional Público.

Cabe pues concluir que la faceta interestatal de libertad circulatoria -precisamente aquella que abre la puerta al reconocimiento del derecho a migrar- no está reconocida ni en la Carta Internacional de los Derechos Humanos, ni en documentos ni Tratados posteriores. Por su parte, la libertad circulatoria interna se encuentra consagrada pero de forma restringida, en la medida que su titularidad activa resulta predicable sólo a favor de las personas nacionales de un Estado y de las extranjeras que se encuentren regularmente en su interior (incluyendo también a aquellos extranjeros que, aun entrando de forma irregular, lograron su regularización). Adicionalmente, y como consecuencia de la formulación normativa de la libertad circulatoria, así como del estado actual de desarrollo del Derecho Internacional Público, la efectividad real de los derechos

Ese derecho no podrá ser sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención”.

⁶⁴ El artículo 35 reconoce el derecho a salir del territorio, con la siguiente formulación: “Toda persona protegida que desee salir del territorio al comienzo o en el transcurso de un conflicto, tendrá derecho a hacerlo, a no ser que su salida redunde en perjuicio de los intereses nacionales del Estado. La decisión sobre su salida se tomará según un procedimiento legítimo y deberá tener lugar lo más rápidamente posible. Una vez autorizada a salir del territorio, podrá disponer del dinero necesario para el viaje y llevar consigo un volumen razonable de efectos y de objetos de uso personal. Las personas a quienes se niegue el permiso para salir del territorio tendrán derecho a que un tribunal o un consejo administrativo competente, instituido con esta finalidad por la Potencia detenedora, considere de nuevo la negativa en el más breve plazo posible. Previa solicitud, representantes de la Potencia protectora podrán obtener, a no ser que a ello se opongan motivos de seguridad o que los interesados presenten objeciones, una explicación de las razones por las que se ha denegado a personas solicitantes la autorización para salir del territorio, así como, lo más rápidamente posible, una relación de los nombres de quienes se encuentren en ese caso”.

proclamados queda finalmente en manos de los Estados nacionales, quienes cuentan con un amplio abanico de títulos legítimos para poder restringirla.

En consecuencia, el régimen jurídico de extranjería sigue estando íntimamente vinculado al Estado nacional y, por lo tanto, regido por el concepto clásico de soberanía estatal (concretamente, a las normas fijadas internamente por el país receptor). La excepción a esta situación generalizada la representa la Unión Europea, que a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam asumió competencias compartidas con los Estados Miembros en materia de extranjería, asilo y refugio, dejando de ser la inmigración una competencia exclusiva del Estado-Nación en el espacio geográfico ocupado por dicha organización Internacional.

El derecho a migrar no aparece pues reconocido en el DIDH, salvo en su faceta de derecho a emigrar. En los sistemas regionales subsiste la misma situación, tanto en el ámbito del Consejo de Europa como de la Organización de Estados Americanos⁶⁵. En este sentido el internacionalista Mariño Menéndez, ha indicado que “en verdad, sólo los nacionales de un Estado gozan en términos generales del derecho a ser admitidos en tal territorio, así como del derecho a no ser expulsados del mismo”⁶⁶.

Mientras los flujos migratorios se incrementan a nivel mundial, el régimen internacional muestra a las claras sus limitaciones para regular coherentemente esta materia, orillando a la irregularidad y a peligros crecientes a las personas migrantes⁶⁷.

El concepto de soberanía estatal ha sufrido una enorme erosión como consecuencia fundamentalmente de la globalización y de la consolidación del Derecho Internacional de los DDHH, afectando a la competencia personal de los Estados⁶⁸. Pese a ello, los regímenes clásicos de extranjería aun se encuentran dominados por la tesis y práctica estatista⁶⁹. Aun cuando el rango de influencia del DIDH resulta cada vez más determinante, los derechos de los extranjeros siguen dependiendo, en último extremo, de la soberanía estatal de los países receptores.

En el actual estadio de evolución del DIDH, existe un inequívoco derecho a emigrar, pero no cabe deducir un correlativo derecho humano a migrar⁷⁰. Este

⁶⁵ En el Sistema Interamericano, la libertad circulatoria se contempla en los artículos I, II y XXV de la Declaración Americana, así como en los artículos 1 y 7 de la Convención Americana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto Vélez Looor Vs. Panamá ha declarado que “en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”.

⁶⁶ MARINO MENENDEZ, F. M., “Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (dir.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, INSERSO, 1995, p. 114.

⁶⁷ JUSTE RUIZ, José. El Derecho internacional de las migraciones: entre la crisis y la renovación; Anuario Español de Derecho Internacional, N° 35, 2019, p. 537.

⁶⁸ CHUECA SANCHO, A. G. *El ius migrandi en el Derecho Internacional de las Migraciones*, op. cit., p. 756.

⁶⁹ *Idem.*, p. 753.

⁷⁰ Incluso para Javier de Lucas —exponente destacado entre la doctrina que aboga por el reconocimiento de la movilidad internacional como derecho individual—, no cabe deducir el derecho a migrar del DIDH: “No existe, de este modo, un derecho humano a migrar, a la libre circulación y permanencia, con reconocimiento internacional. La mayor parte de los Estados alegan, desde la concepción soberanista clásica, que el derecho a migrar forma parte de las competencias soberanas, exclusivas y excluyentes de los Estados. Otras posturas apuntan que los intereses de las personas han de prevalecer frente a

derecho se dibuja todavía como un horizonte moral o fuente de inspiración⁷¹, encontrándose aún en estado germinativo. En este sentido, la Declaración Universal de los DDHH emergentes⁷² ha incluido el derecho a la movilidad universal – entendido como “el derecho de toda persona a migrar y establecer su residencia en el lugar de su elección” (art. 7.2)- como un contenido del derecho a la democracia participativa, la cual se concibe como la facultad de participar activamente en los asuntos públicos y disfrutar de una administración democrática en todos los niveles de gobierno.

En el año 2019 el Pacto Mundial para la ordenación segura, ordenada y regular –acuerdo intergubernamental que carece de eficacia jurídica vinculante-, unió a la Comunidad Internacional, en el convencimiento de la importancia y la necesidad de abordar esta materia de forma multilateral. La premisa de este reciente acuerdo sigue sustentándose en el respeto a la soberanía nacional en la gestión de la entrada de flujos⁷³. El horizonte moral del derecho a migrar se vislumbra aún lejano.

La libertad de tránsito y el derecho a migrar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La libertad de tránsito se encuentra reconocida en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la siguiente formulación:

“Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En caso de persecución, por motivos de orden público, toda persona tiene derecho de solicitar asilo, por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La Ley regulará sus procedencias y excepciones”.

las voluntades y los intereses de los Estados. Estas propuestas, que facilitarían el pleno derecho de las personas a vivir con dignidad, libres de violencia y libres de miedo, son deslegitimadas dado el proceso de debilitamiento de los Estados como garantes de derechos, convirtiéndose en Estados corporativos modelados por los intereses del mercado y del capitalismo”. DE LUCAS MARTÍN, J. Ciudadanía, Derechos Humanos y Desobediencia Civil. Conferencia pronunciada en las IV jornadas sobre Noviolencia Activa, Donostia/San Sebastián, octubre de 2005, el texto se ha extraído de <https://diccionario.cear-euskadi.org/derecho-a-la-libre-circulacion/>

⁷¹ UNZURRUNZAGA, Agustín, Libertad de desplazamiento-Control de flujos migratorios, *op. cit.*, sp.

⁷² La Declaración de Derechos Humanos Emergentes no constituye ningún documento formal inserto dentro del ámbito de la ONU. Fue aprobada por miembros de organizaciones civiles, políticos y académicos, a iniciativa del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, en noviembre de 2007.

⁷³ El Pacto Mundial reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional. Dentro de su jurisdicción soberana, los Estados podrán distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular, incluso al decidir con qué medidas legislativas y normativas aplicarán el Pacto Mundial, teniendo en cuenta sus diferentes realidades, políticas y prioridades, y los requisitos para entrar, residir y trabajar en el país, de conformidad con el derecho internacional”.



Históricamente, los orígenes de esta disposición se vinculan a las libertades de naturaleza eminentemente económica, especialmente a la libre circulación de mercancías y al libre ejercicio del comercio. Con dichas libertades se construiría un mercado único dentro de la República Mexicana y se fomentaría el comercio hacia su exterior, en consonancia con las ideas sobre liberalismo económico formuladas por Adam Smith.

En el proceso constituyente celebrado en la ciudad de Cádiz que dio luz a la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, se integraron en forma de derechos subjetivos las disposiciones esenciales del liberalismo económico que posibilitaban la creación de un mercado interno dentro del Imperio Español, prohibiendo obstaculizar el libre tránsito de trabajadores, mercancías así como de actividades comerciales. Esta circunstancia influyó directamente sobre los albores del constitucionalismo mexicano, ya que varios de los diputados enviados a las Cortes de Cádiz serían posteriormente diputados constituyentes en México para el año 1824.

El objetivo históricamente principal de esta disposición era pues asegurar el libre tránsito de personas, mercancías, servicios y capitales entre los Estados de la federación. A tal fin, adicionalmente se atribuyó como competencia exclusiva federal la materia del comercio entre estados -que hoy establece la Constitución en el artículo 73 fracción IX-, y se prohibió a los Estados coartar la libertad de tránsito de las personas en uso de sus potestades fiscales, precepto que ocupa hoy el artículo 117 fracción IV de la Constitución Vigente⁷⁴.

El contexto histórico exige tener también en cuenta que durante el proceso de redacción y aprobación de la primera Constitución Federal, se hallaba igualmente en formación el de la propia Nación mexicana. Por ello, desde el marco constitucional se impulsó la migración, otorgando incentivos para que se asentaran personas provechosas en suelo mexicano, con la condición que reivindicaran la independencia y soberanía nacionales de México.

Sus antecedentes inmediatos se sitúan en la Constitución de Apatzingán, de 1814, cuyo artículo 7 introdujo por primera vez en el ordenamiento constitucional mexicano la consagración de la libertad de tránsito. Este derecho fue también consagrado en la Constitución de 1857, en su artículo 11, con una redacción muy próxima a la actual.

Mediante reforma constitucional de 10 junio de 2011, se sustituyó el término “todo hombre” -que configuraba la titularidad activa desde la redacción original-, por el actual e inclusivo de “toda persona”, adicionándose además un último párrafo al artículo, destinado al reconocimiento del derecho de asilo y refugio.

De una simple lectura del artículo 11 de la Constitución vigente, se observa una redacción generosa⁷⁵, que si bien no contempla de forma expresa el

⁷⁴ Dicha disposición establece que “Los Estados no pueden, en ningún caso: IV) grabar el tránsito de personas o cosas que atraviesen su territorio”.

⁷⁵ En este contexto, ÓRTIZ AHLE Loretta considera que el artículo 11 está dotado de una estructura constitucional muy

derecho a migrar, permite ser deducido implícitamente de su amplio contenido, al consagrarse tanto el derecho de entrada como el de tránsito y salida, a favor de todas las personas, nacionales y extranjeras, con independencia de su estatus migratorio y sin condicionamiento documental alguno. A continuación lo estudiaremos en profundidad, correlacionando esta disposición con las que la desarrollan a nivel legislativo, excluyendo el análisis del derecho de asilo y refugio –que figura al final del artículo 11 CPEUM.

La estructura del artículo 11 CPEUM revela dos partes claramente diferenciadas, establecidas en sus dos primeros párrafos, respectivamente: a) La norma se abre con una formulación general amplia y generosa del derecho; b) Para clausurarse con un segundo apartado que permite limitaciones genéricas –y, por ende, de un tenor igualmente amplio al establecido en la primera parte de esta disposición–, en la medida en que no figuran causas ni fines específicos delimitadores de las posibles restricciones al ejercicio del derecho. De entrada, estas dos partes resultan mutuamente contradictorias y hasta excluyentes. Las estudiaremos por separado.

El primer apartado del artículo 11 contempla los elementos principales de la estructura general del derecho a la libertad de tránsito: su titularidad activa, el contenido del derecho y una cláusula genérica de exclusión de trabas documentales al ejercicio del derecho (“sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes”). Si esta norma se sitúa en el marco más amplio del derecho comparado, se revela insólitamente amplia.

1. La titularidad activa es amplia, predicable a favor de “toda persona”, extensible a todas las facultades que incluye el contenido del derecho, sin matices.
2. En el contenido del derecho se mencionan explícitamente 4 facultades: el derecho de entrar a la República mexicana (léase derecho de entrada para los nacionales mexicanos y derecho a inmigrar para las personas extranjeras); el derecho de salir de ella; la libertad de tránsito dentro del territorio mexicano (“viajar por su territorio”) y la libertad de residencia (mudar de residencia).

A favor de todas ellas se extiende la titularidad activa amplia –“toda persona”, lo que incluiría tanto a nacionales como a personas extranjeras y, entre éstas últimas, con independencia de condición migratoria.

Ello supondría que, aparentemente, del artículo 11 cabría extraer un derecho a migrar, con las dos facetas que señalamos al inicio de este capítulo, esto es, incluyendo tanto el derecho de entrada como de salida del país. Respecto al derecho de entrada, es aplicable tanto a personas nacionales como a extranjeras,

avanzada, *La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes*; en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo et al. (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de México-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 1259.

sin imponer a los no nacionales el cumplimiento de requisito legal alguno, lo que supone la inclusión dentro de la titularidad activa de todo tipo de migrantes, tanto regulares como no (junto a otras múltiples categorías de extranjeros, obviamente).

Respecto al contenido de la libertad de tránsito en sentido genérico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que protege el derecho de “toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir, viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte, por tanto, ha de considerarse que la garantía del libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo”⁷⁶. En consecuencia, la SCJN ha excluido el derecho al libre tránsito en automóvil dentro del contenido del artículo 11.

3. El primer apartado del artículo 11 prevé finalmente una cláusula genérica que prohíbe obstaculizar el ejercicio del derecho mediante la exigencia de documentos que condicionen u dificulten el tránsito de las personas a través del territorio nacional. El área geográfica de actuación de dicha cláusula se restringe al interior del territorio nacional –cabría también incluir los espacios sujetos a la jurisdicción del Estado nacional, aún cuándo se encuentren fuera estrictamente del territorio, tales como por ejemplo en alta mar-. La terminología empleada para hacer referencia a los documentos oficiales es obsoleta, en la medida en que –salvo el pasaporte– todos los restantes ya no existen en el derecho mexicano.

Con todo, la mayor sorpresa que suscita esta cláusula genérica es el agudo contraste con lo que exige la práctica constante en los puertos de entrada y salida a México (y a cualquier país del mundo de nuestros días), donde a “toda persona” –incluyendo obviamente a los propios nacionales mexicanos⁷⁷– se les exige portar documentos de identificación oficial para poder internarse al país⁷⁸. Adicionalmente, es común la exigencia de visado para las personas extranjeras, si bien caben excepciones.

El mantenimiento de esta cláusula en una Constitución que, por lo demás, ha resultado sometida a una fuerte actividad reformista, resulta sorprendente. Más allá de las razones de economía constitucional que pueden existir para no haberla modificado –actualizando y suprimiendo la terminología caduca y el requisito de no exigencia documental–, una técnica constitucional rigurosa exigiría su eliminación, en la medida en que mantener disposiciones que no se hacen cumplir por los Tribunales competentes, resta legitimidad a todo el texto

⁷⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, tomo III, febrero de 1996, p. 173.

⁷⁷ Los requisitos documentales exigibles a las personas mexicanas, a fin de acreditar su nacionalidad, están establecidos en el artículo 36 de la Ley de Migración de 2011.

⁷⁸ El artículo 37 de la LM estipula los requisitos exigidos a las personas extranjeras para poder entrar al país.

constitucional. Como consideración adicional, y por exigencias del Derecho Internacional Público, el Estado nacional está obligado a establecer registros y controles de entrada en su territorio, por modestos que éstos sean.

Para poder conciliar esta disposición con las exigencias derivadas de la práctica, la doctrina mexicana⁷⁹ ha señalado la necesidad de distinguir dos manifestaciones dentro de la libertad de movimiento constitucionalmente declarada:

- a) La libertad de tránsito interno –dentro del territorio nacional-, donde se aplicaría con rigor la cláusula de prohibición tajante de los documentos oficiales enlistados que impongan limitaciones a su ejercicio, así como de “otros documentos similares, a cuya obtención y posesión quedase supeditado el traslado o desplazamiento temporal o la fijación o variación del lugar de residencia permanente de las personas, dentro del territorio nacional”⁸⁰.
- b) La libertad de tránsito externa, que abarcaría tanto “a las personas que procedan del extranjero o que se dirijan al exterior del país”. En este supuesto, la validez de la exigencia de documentos oficiales (pasaporte, visado, permisos especiales cuando procedan...) por parte de las autoridades mexicanas, se supedita al cumplimiento de fines estrictos de identificación, registro y control⁸¹ de las personas que cruzan las fronteras nacionales y, por ende, también de los flujos migratorios.

Esta interpretación supone un primer condicionamiento a la amplia titularidad activa del derecho –en lo que afecta a las dimensiones del derecho de entrada y de salida al país-, incluidas dentro de la libertad de tránsito. En consecuencia, para el ejercicio del derecho a migrar (y emigrar, o simplemente salir del país) es legítima la exigencia documental. Con todo, este esfuerzo interpretativo, que ofrece un resultado lógico y coherente, en mi opinión, no se desprende en absoluto de la letra del artículo 11 CPEUM.

- I. El segundo apartado de esta disposición constitucional contiene una redacción más oscura que rompe la dinámica progresista que predominó en su formulación de apertura, señalando los dos tipos de limitaciones que cabe imponer al ejercicio del derecho, con dos importantes precisiones:

En los casos de responsabilidad civil o penal, el ejercicio del derecho queda subordinado a las facultades de la autoridad judicial: el constituyente reserva al poder judicial la imposición de límites al ejercicio del derecho en tales supuestos (imposición de penas privativas de libertad como consecuencia de una sentencia penal, establecimiento de medidas cautelares tales como la prisión preventiva, detención preventiva...etc). Por ello se

⁷⁹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Comentarios al artículo 11; Constitución Mexicana comentada, México, IJ-UNAM, 6ª edición, p. 54.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 55, el autor continúa afirmando que ello “de hecho obliga a toda persona hoy en día a la obtención y posesión de un pasaporte y de las visas necesarias para sus desplazamientos hacia el extranjero”.

solicita a los mexicanos al momento de solicitar su pasaporte una carta de no antecedentes penales.

Para este primer tipo de limitaciones, la Constitución no contiene ninguna referencia explícita a la exigencia de ley (aunque podría inferirse de forma implícita de la lectura sistemática del texto constitucional, así como del ejercicio cotidiano de las facultades del Poder Judicial, sometido al imperio de la ley en todo momento). Con todo, en materia de derechos fundamentales, una correcta sistemática constitucional exige la inclusión explícita de reservas de ley en el ámbito de las limitaciones al ejercicio de los mismos, a fin de contener el margen de maniobra legislativa, evitando posibles excesos restrictivos y, por ello, otorgando protección preventiva ante inevitables y futuros desarrollos legislativo. En mi opinión personal, esta ausencia es criticable.

2. En los supuestos relativos al derecho de extranjería (y salubridad general) la Constitución mexicana subordina a las facultades de la autoridad administrativa “por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

En este segundo tipo de limitaciones, se incluye la reserva específica de ley, en la medida en que la disposición contempla que las facultades de la autoridad administrativa para imponer límites a la libertad de tránsito están a su vez subordinadas a lo establecido en las leyes migratorias y de salubridad. Con todo, se trata de una reserva genérica de ley que, por la importancia de esta materia, debería haber previsto restricciones taxativamente enumeradas para la imposición de límites, bien sea enumerando los fines que las restricciones deben cumplir (como, por ejemplo, sucede en el PIDCP) o marcando requisitos procedimentales para su imposición (como el cumplimiento del principio de proporcionalidad o, más modestamente, las exigencias del principio de necesidad). La referencia a los “extranjeros perniciosos” se erige como la única delimitante personal contenida en el artículo⁸².

La ausencia de títulos legítimos de restricción, deja desprotegido al derecho frente a su desarrollo por parte del poder legislativo y su ejecución material por parte de las autoridades administrativas.

Esta remisión amplia al poder legislativo nos ofrece una pista importante para determinar la naturaleza jurídica del derecho reconocido en el artículo 11 CPEUM.

⁸² MARTÍNEZ VILLA, Víctor Javier, puntualiza al respecto que “el único ámbito personal al que hace referencia este artículo se refiere a “extranjeros perniciosos”. Ninguna de las demás restricciones se hacen para ninguna persona en particular, sino para cualquiera a quien se apliquen las leyes sobre inmigración y emigración. “Derecho al libre tránsito”; Perseo (Programa Universitario Derechos Humanos, UNAM), N° 32, octubre 2015, sp.

Retomando al artículo 11, analizado en su conjunto, muestra un significativo deslinde entre, por un lado, la proclamación de la titularidad activa y el contenido del derecho a la libertad de tránsito, y, de otro, la posibilidad abierta de limitaciones. Las restricciones quedan en manos de un poder legislativo que, en ausencia de topes constitucionales, resulta ampliamente habilitado para intervenir en la configuración concreta de la libertad de tránsito, con amplios márgenes de discrecionalidad. Las posibilidades de intervención incluyen a la autoridad administrativa, en lo que afecta a su ejercicio concreto.

La amplia intervención legislativa (y aún administrativa) constituyen el área más vulnerable de este derecho, y la que exige ser analizada cuidadosamente, en la medida en que el legislador puede excederse al restringir el contenido del derecho y la Constitución no prevé medios de neutralizarlo, o al menos, de establecer “límites a los límites” legalmente fijados, en la conocida expresión.

Este amplio condicionamiento legal de la libertad de tránsito, tal y como aparece configurado por el constituyente mexicano, determina la inclusión del derecho a la libertad de tránsito dentro de los derechos de configuración legal. La expresión “derechos de configuración legal” se reserva a “aquellos derechos que no sólo necesitan del legislador para que éste arbitre los términos de su ejercicio... sino, antes aún, para que los conforme en su contenido”⁸³, de modo tal que “su contenido último venga conformado por la voluntad legislativa⁸⁴, que debe de moverse siempre dentro del respeto al contenido esencial de dichos derechos. Conviene matizar en este momento que suele ser muy habitual que los derechos cuya titularidad se predica de las personas extranjeras, se configuren como derechos de configuración legal⁸⁵.

A falta de limitaciones constitucionales expresas que ciñan los poderes de maniobra del poder legislativo mexicano al desarrollar el contenido del derecho a la libertad circulatoria, es necesario recurrir conjuntamente a los artículos 1 y 133 de la CPEUM. La apertura expresa que el artículo primero realiza al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en conjunción con el principio *pro homine* allí contemplado, junto con el valor normativo interno que el artículo 133 otorga a los Tratados Internacionales suscritos por México, conducirían a la aplicación subsidiaria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con carácter general, el tenor de la libertad circulatoria consagrada en el artículo 12 PIDCP es más restrictivo que su homóloga del artículo 11 CPEUM,

⁸³ REQUEJO PAGÉS, J. L., “Derechos de configuración legal”; ARAGÓN REYES, Manuel (coord.) *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales, pp 134-136, p. 134.

⁸⁴ *Idem*, p. 135.

⁸⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que todos los derechos y libertades establecidos en el Título I de la Constitución Española son de configuración legal cuando su titularidad se predica de los extranjeros, dado que, “por imperativo del artículo 13.1 CE éstos sólo gozan de tales derechos y libertades en los términos que establezcan los tratados y la ley”, a excepción de aquellos derechos de libertad predicables de toda persona, tales como la vida, el honor, la intimidad, entre otros. STC 107/1984, de 23 de noviembre. REQUEJO PAGÉS, J. L. “Derechos de configuración legal”, *op. cit.*, p. 135.



salvo en lo que respecta a los límites expresos consagrados en dicho Tratado Internacional.

En mi opinión personal, las limitaciones expresamente establecidas en el PIDCP (artículo 12.3) vendrían a completar las omisiones que en esta materia existen en el artículo 11 de la CPEUM, extendiendo sus exigencias a los legisladores mexicanos. El recurso directo al PIDCP se justifica no porque la DUDH no tenga eficacia jurídicamente vinculante, sino porque en ella no se contemplan restricciones a la libertad de tránsito.

Por paradójico que pueda parecer, la aplicación del principio pro homine o favor libertatis, promueve la aplicación directa de los estándares fijados en el artículo 12.43 PIDCP, a fin de imponer al poder legislativo tanto el procedimiento como las finalidades legítimas que deben cumplir las restricciones que establezca por vía legal a la libertad circulatoria. Esta previsión dota de mayor protección y seguridad jurídica al derecho a la libertad de tránsito, incluyendo sus futuros desarrollos normativos: este derecho, como cualquier otro, estará abierto a los cambios que, por vía legal, implementen los futuros representantes que vayan siendo democráticamente elegidos en el país. Con ello, el derecho queda salvaguardado frente al poder legislativo, que es precisamente en quien existen mayores peligros de excederse en su habilitación constitucional, al fijar las condiciones concretas de ejercicio del derecho —esta última consideración sería predicable a todos los derechos constitucionales, en sentido estricto, sin que todos ellos constituyan sin embargo derechos de configuración legal.

En esta comprensión, resultarían aplicables al legislador mexicano las consideraciones establecidas al respecto por el Comité de Derechos Humanos, en torno a las restricciones establecidas en el párrafo tercero del artículo 12 PIDCP:

“El párrafo 3 del artículo 12 prevé circunstancias excepcionales en que los derechos que confieren los párrafos 1 y 2 pueden restringirse. La disposición autoriza al Estado a restringir esos derechos sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto⁸⁶”.

El análisis del artículo 11 CPEUM exige ser interpretado sistemáticamente junto con otras disposiciones constitucionales que regulan esta materia o bien facetas parciales de la misma, tales como los artículos 1, 33⁸⁷, 73 (fracciones XVI

⁸⁶ Párrafo 11, Observación General 27 CCPR, 2 de noviembre de 1999.

⁸⁷ Conforme establece el artículo 33 de la CPEUM, “son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”.

y XXIX-c) y 133. Por razones lógicas de espacio, esta labor excede los límites del presente capítulo. Me limitaré por ello a las operaciones de inter-conexión de normas constitucionales que resulten estrictamente necesarias, aplicando las exigencias derivadas de una interpretación sistemática.

De entrada, un componente esencial condicionante de todo el ámbito del derecho de extranjería en México –desde el punto de vista de la titularidad activa de los derechos por parte de las personas extranjeras- se desprende del artículo 1º CPEUM, interpretado conjuntamente con el artículo 33. Su amplia proclamación exige, en mi opinión, partir del principio general de la equiparación entre personas nacionales y extranjeras⁸⁸, dentro del territorio nacional, en el goce de los derechos consagrados a lo largo de todo el texto constitucional. Sin embargo, esta equiparación no es absoluta⁸⁹, en la medida en que se mantienen ámbitos de exclusión de derechos para las personas extranjeras –como en el ámbito político, o en el derecho de asociación- o, más matizadamente, posibilidades de imponer condiciones adicionales al ejercicio de los derechos de los extranjeros, así como restricciones legislativas, que no existen para las personas de nacionalidad mexicana. Toda la legislación migratoria –en México y en la mayor parte de los países receptores del mundo-, constituye buena muestra de ello. Lo que no obsta para mantener la prohibición absoluta de discriminación entre nacionales y extranjeros, por las múltiples causas abiertas contempladas en el texto constitucional, que además constituye una norma de *ius cogens* en el Sistema Interamericano⁹⁰.

El marco constitucional exige ser contrastado con aquellas disposiciones secundarias que la desarrollan, a fin de poder deducir su virtualidad jurídica concreta. En este sentido, nuestro análisis se reducirá a las disposiciones legislativas más directamente relacionadas con la libertad de tránsito.

El artículo 7 de la Ley de Migración –en adelante LM-, de 25 de mayo de 2011 consagra la libertad circulatoria, señalando textualmente:

“La libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.

El libre tránsito es un derecho de toda persona y es deber de cualquier autoridad promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidos en la presente Ley”.

⁸⁸ ORTIZ AHLF, Loretta, La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes, *op. cit.*, p. 1239.

⁸⁹ En el ordenamiento jurídico español, la conjunción de los artículos 10.2 y 13 (éste último dedicado a la extranjería en su totalidad), conlleva a la misma conclusión. Vid. por ejemplo, PIÑAR MANAS, J. L., El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en el territorio nacional; *Revista de Administración Pública*, No 93, 1980, p. 199.

⁹⁰ Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC-18/03, Corte IDH, 17 Septiembre 2003.

Con una redacción circular altamente capciosa, la libertad de tránsito contemplada en la LM “tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución”, la cual, por su parte, remitía abiertamente a la ley (sin establecer topes al poder legislativo) en un círculo vicioso.

El último párrafo del artículo 7 LM habilita con carácter exclusivo a la autoridad competente –estrictamente en los casos y formas legalmente establecidos en esta ley-, para requerir la comprobación documental de la nacionalidad y estatus migratorio, si bien contemplada como una posibilidad excepcional (“ninguna persona será requerida...”). Su ámbito de actuación se restringe al territorio nacional. De modo que aquí tendríamos un segundo condicionamiento a la libertad de tránsito interna, que viene a contradecir la interpretación doctrinal de Rodríguez y Rodríguez que habíamos señalado anteriormente como una vía coherente –pero forzada- para armonizar el artículo 11 CPEUM con la realidad práctica.

A lo largo de su articulado, la Ley de Migración estipula y desarrolla los requisitos que se exigen a las personas extranjeras para poder acceder al territorio nacional, cuyas bases se establecen fundamentalmente en el art. 37 LM, complementado por el artículo 43 LM. Ambas disposiciones constituyen el desarrollo específico del artículo 7 LM, conteniendo las primeras limitaciones a la dimensión inter-fronteriza de la libertad de tránsito -que, insistimos, como tales, no se deducen del artículo 11 CPEUM.

En este sentido, la LM contempla las denominadas “acciones de control migratorio”⁹¹ (establecidas a la entrada y salida del país), pero también prevé acciones de revisión y verificación migratorias (dentro del territorio nacional). Ambas se erigen como los supuestos “excepcionales” –entrecomillado propio- que permiten la revisión de documentación de las personas extranjeras.

La LM habilita al Instituto Nacional de Migración –en adelante INM- para realizar acciones y visitas de verificación destinadas a “comprobar que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas en esta Ley y su Reglamento”⁹². Por su parte, las facultades de revisión migratoria tendrán lugar tanto en los lugares destinados al tránsito internacional, como “dentro del territorio nacional a efecto de comprobar la situación migratoria de

⁹¹ Las acciones de control migratorio están previstas a partir del artículo 81 LM. Permiten “la revisión de la documentación de las personas que pretenden internarse o salir del país, así como la inspección de los medios de transporte utilizados para tales fines”. Habitualmente se llevarán a cabo en los lugares destinados al tránsito internacional de personas por mar y aire, con la posibilidad de realizarse en lugares distintos, en cuyo caso se exige que se realice “a solicitud expresa debidamente fundada y motivada de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes”.

⁹² El artículo 92 LM especifica cuáles son los supuestos para que el Instituto lleve a cabo una visita de verificación: I. Confirmar la veracidad de los datos proporcionados en trámites migratorios; II. Cuando se advierta que ha expirado la vigencia de estancia de extranjeros en el país, y III. Para la obtención de elementos necesarios para la aplicación de esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables, siempre que funde y motive su proceder. La facultad para realizar visitas de verificación se ejercitará de oficio por tratarse de cuestiones de orden público. La orden por la que se disponga la verificación migratoria deberá ser expedida por el Instituto y precisar el responsable de la diligencia y el personal asignado para la realización de la misma, el lugar o zona que ha de verificarse, el objeto de la verificación, el alcance que deba tener y las disposiciones jurídicas aplicables que la fundamenten y la motiven”.

los extranjeros”⁹³. Si a raíz de tales verificaciones o revisiones migratorias, se detecta que algún extranjero no cuenta con documentos que acrediten su situación migratoria regular en el país, el extranjero será puesto a disposición del Instituto⁹⁴, procediéndose a su “presentación” en estaciones migratorias o en lugares habilitados para ello, mientras se determina su situación migratoria en territorio nacional⁹⁵.

La presentación de extranjeros, constituye una medida de orden público y, a tenor del artículo 39 LM, “es la medida dictada por el Instituto mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno”.

Conforme se desprende de la LM –artículo 63 y 99- la presentación de migrantes en situación administrativa irregular queda en manos exclusivas de agentes del INM⁹⁶.

En consecuencia, junto a las exigencias documentales que condicionan el internamiento en territorio mexicano (“controles migratorios”) y que resultan exigibles también a los nacionales, las personas extranjeras están adicionalmente sometidas a múltiples trabas en el ejercicio de la libertad de tránsito interna, a lo largo del ámbito geográfico nacional (“acciones de revisión y verificación migratorias”). Especialmente éstas últimas resultan categórica y expresamente prohibidas por el texto constitucional –e incluso por la interpretación doctrinal suscrita-.

La falta de exhibición de los documentos que acrediten la identidad y la situación migratoria regular, entraña múltiples y graves consecuencias para las personas extranjeras, entre ellas la presentación, retención y, por ende, la privación meramente administrativa de la libertad.

Si de la letra de la ley, descendemos a las disposiciones reglamentarias y a la actual práctica administrativa migratoria en territorio mexicano –desplegada con especial intensidad en la Frontera Sur a raíz del acuerdo migratorio suscrito con EEUU de junio de 2019-, queda patente que nos movemos en un ámbito en el que las formulaciones constitucionales amplias permiten ser contravenidas por una práctica que, en los últimos tiempos, se ha vuelto extremadamente restrictiva en materia migratoria⁹⁷. Después de la presentación, le sigue en automático la práctica generalizada de expulsión y retorno al país de origen –lo cual supone, en la práctica, la negación del derecho ampliamente garantizado por el artículo 11 CPEUM. Quedan excluidos los supuestos de solicitud de la condición de refugiado, que exigen la aplicación del principio de no devolución.

⁹³ El artículo 97 LM exige para la implementación de las acciones de revisión dentro del territorio nacional, la expedición de orden fundada y motivada, que precise el responsable de la diligencia, la duración de la misma así como la zona geográfica en que se efectuará.

⁹⁴ Artículo 100 LM.

⁹⁵ Artículo 99 LM.

⁹⁶ ORTIZ AHLF, Loretta, La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes, *op. cit.*, p. 1249.

⁹⁷ Según datos extraídos de la Unidad de Política Migratoria, de enero a junio del presente año, han sido presentados ante la autoridad migratoria un total de 108.503 personas extranjeras. Las cifras correspondientes solamente al pasado mes de junio de 2019, revelan que 31.573 personas extranjeras fueron presentadas en Estaciones Migratorias, las cuales registran un 61% de sobrecurso. *Nacional*, 7 agosto de 2019.

En este sentido, la exigencia documental a fines de comprobar la situación migratoria resulta una constante para las personas extranjeras dentro del territorio nacional (contradiciendo el carácter excepcional que se deriva de la formulación del artículo 7 LM y más aún del tenor literal del artículo 11 CPEUM).

Por poner un ejemplo actual, junto al INM –único habilitado conforme a la LM- la recientemente instituida Guardia Nacional cuenta entre sus atribuciones y obligaciones expresas, “realizar, en coordinación con el Instituto Nacional de Migración, la inspección de los documentos migratorios de personas extranjeras, a fin de verificar su estancia regular, con excepción de las instalaciones destinadas al tránsito internacional de personas y, en su caso, proceder a presentar a quienes se encuentren en situación irregular para los efectos previstos en la ley de la materia”; así como “apoyar el aseguramiento que realice el Instituto Nacional de Migración y a petición del mismo, resguardar las estaciones migratorias y a los extranjeros que en ellas se encuentren”⁹⁸. Esta amplia habilitación de la Guardia Nacional, ejecutando labores de auxilio a los agentes de migración- resulta incompatible con las facultades exclusivas que la LM otorga al INM.

Retomando la disposición constitucional objeto de estudio, nos situamos ante la paradoja de una formulación constitucional muy amplia (tanto de la titularidad activa como del contenido del derecho a la libertad de tránsito) que coexiste con una formulación abierta de posibles restricciones al ejercicio del derecho a cargo del poder legislativo (art. 11). Este marco constitucional convive con una legislación abusivamente restrictiva y una práctica administrativa dirigida a la contención migratoria, con criterios de securitización y militarización.

De hecho, para proseguir con las paradojas, dentro de un mismo marco legislativo – la Ley de Migración aprobada en 2011 - ha sido posible que el gobierno haya dado un viraje radical en su política migratoria, transitando de un política inicial de puertas abiertas (con la llegada de la primera caravana o éxodo migratorio, en octubre de 2018) a la actual política de fuerte contención migratoria, bajo las presiones económicas del gobierno de EEUU. Y todo ello, regido por el principio del “respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito. En ningún caso una situación migratoria irregular preconfigurará por sí

⁹⁸ Artículo 9, II, apartados 35 y 36 de la Ley de la Guardia Nacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2019. En el apartado 9. II. a) de la misma ley se estipula que fin de “salvaguardar la integridad de las personas y de su patrimonio; garantizar, mantener y restablecer el orden y la paz social, así como prevenir la comisión de delitos” la Guardia Nacional actuará “en aduanas, recintos fiscales, secciones aduaneras, garitas o puntos de revisión aduaneros, en auxilio y coordinación con las autoridades responsables en materia fiscal, naval o de migración, en los términos de la presente Ley y las demás disposiciones aplicables”. Las funciones generales de la Guardia Nacional tendrán lugar en “las zonas fronterizas y en la tierra firme de los litorales, la parte perteneciente al país de los pasos y puentes limítrofes ... los centros de supervisión y control migratorio, las carreteras federales, las vías férreas, los aeropuertos, el espacio aéreo y los medios de transporte que operen en las vías generales de comunicación, así como sus servicios auxiliares”.

misma la comisión de un delito ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de encontrarse en condición no documentada”⁹⁹.

Los derechos fundamentales -tal y como fueron desarrollados por la dogmática alemana tras el aprendizaje dramático que se derivó de las atrocidades cometidas en la Segunda guerra mundial- establecen topes indisponibles para el poder legislativo (el denominado “contenido esencial”), en quien se concentran precisamente los mayores peligros en esta materia. En una buena teoría constitucional, el poder ejecutivo no puede intervenir normativamente en esta materia.

Junto a las exigencias derivadas de una dogmática constitucional rigurosa de los derechos fundamentales, conviene en este punto recordar las obligaciones se derivan para México del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El Comité de DDHH, al interpretar la libertad circulatoria del artículo 12, señala que:

“Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto”.

Paradójicamente, esto es lo que ha terminado pasando en el ordenamiento jurídico mexicano: la libertad de tránsito generosamente proclamada en el artículo 11 CPEUM está siendo sistemáticamente anulada en la práctica administrativa, apoyada por una legislación de desarrollo que ahoga el derecho, mediante la técnica de exacerbar sus restricciones. Las excepciones terminan superando y contradiciendo lo que debería ser la regla general.

El artículo 7 de la ley de Migración, cuya redacción, aún mejorable, puede aprobar el test de constitucionalidad, es desarrollado por subsiguientes disposiciones legislativas que amplían las restricciones, hasta anular el contenido del derecho. Como consecuencia de una cuestionable técnica constitucional, que contiene una remisión legislativa abierta, las personas extranjeras en situación irregular no gozan de la libertad circulatoria que formalmente les otorga la Constitución -en sus facetas ni externa ni interna-, en clara contravención con el derecho a migrar que podría derivarse del derecho fundamental consagrado en el artículo 11 CPEUM.

Ante una paradoja de este calibre, sólo caben dos hipótesis para restablecer la legitimidad del ordenamiento constitucional: a) o bien se reforma la legislación migratoria, para adecuarla a lo establecido en el artículo 11 CPEUM, eliminando sus múltiples inconstitucionalidades, a fin de tomarse de una vez en serio la libertad circulatoria como derecho fundamental que es; b) o bien se reforma el texto del artículo 11 CPEUM, restringiendo la titularidad activa a las personas nacionales y a

⁹⁹ Artículo 2 LM.

las extranjeras que cumplan con los requisitos legalmente establecidos (únicas que, a día de hoy, pueden ejercer el derecho constitucionalmente consagrado).

De permanecer las cosas en su estado actual, el artículo 11 de la CPEUM subsistirá como pura retórica jurídica –o poesía constitucional–, contradiciendo la eficacia normativa que toda Constitución debe tener. La antigua tipología que enfrentaba a las Constituciones semánticas o nominativas, a las vinculantes o normativas, está hoy desgraciadamente, más viva que nunca.

Bibliografía

- AGUELO NAVARRO, Pascual y CHUECA SANCHO, Ángel G., El novísimo Derecho Humano de las personas a migrar, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* no 5, 2004, pp. 291-292.
- AGUELO NAVARRO, Pascual y CHUECA SANCHO, Ángel G.,; "Contenido y límites del ius migrandi"; *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 7, N° 2, 2013, <http://www.urjc.es/ceib/> Vol. 7, no 2. 2013.
- AGUELO NAVARRO, Pascual, El Derecho Humano a migrar y a establecerse pacíficamente, *Abogacía Española-Derecho y Sociedad*, no 27, Octubre-Diciembre 2003, pp. 20 y ss.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio y RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. Derecho político español según la Constitución Española de 1978. Vol II, Derechos Fundamentales y órganos del Estado, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2ª ed., 1998.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; CÁMARA VILLAR, Gregorio; LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando; CANO BUENO, Juan; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa y RODRÍGUEZ, Angel, Derecho Constitucional, volumen II, Derechos y Libertades Fundamentales, Madrid, Tecnos, 1999.
- Base de Datos Políticos de las Américas. *Libertad de circulación y residencia. Estudio Constitucional Comparativo*, Centro de Estudios Latinoamericanos, Escuela de Servicio Exterior, Universidad de Georgetown, <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/circulacion.html>. 26 de julio 2019.
- BASTIDA FREIJEDO, FJ. Libertad de circulación; ARAGÓN REYES, Manuel (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Civitas, 1ª ed. 2001, pp. 153-155
- BASTIDA FREIJEDO, FJ. Libertad de residencia; ARAGÓN REYES, Manuel (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Civitas, 1ª ed. 2001, pp. 155-157
- BERMÚDEZ RICO, Rosa Emilia, La movilidad internacional por razones de estudio: Geografía de un fenómeno global; *Migraciones internacionales*, El Colegio de la Frontera Norte, vol. 8, N° 1, enero-junio 2015, pp. 95-125.
- BONDÍA GARCÍA, David, "Derechos humanos emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos"; Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Manuel Rodríguez Uribes, Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García (coords.),

- Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 3, 1998 (El Derecho internacional de los derechos humanos), pp. 687-781.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio. "La libertad de circulación de los extranjeros en España"; BIGLINO CAMPOS, Paloma (coord.), *Ciudadanía y Extranjería : derecho nacional y derecho comparado*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 53-96, p. 57.
- BOUTROS-GHALI, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos: 1945-1995, Introducción del Secretario General de las Naciones Unidas*, Nueva York, United Nations Publications, 1995.
- CÁMARA ARROYO, Sergio, "Libertad de residencia y circulación", *Diccionario de Derechos Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá-AECID, www.diccionario.pradpi.org.
- CASTILLO DAUDÍ, Mireya. "Libertad de circulación y soberanía del Estado: Posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional"; *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 31, junio 2016, www.reei.org
- CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, "La virtualité de la libre circulation"; *Plein droit* n° 36-37, décembre 1997, GISTI, disponible en <https://www.gisti.org/spip.php?article3874>
- CHUECA SANCHO, Ángel G y AGUELO NAVARRO, Pascual "Contenido y límites del ius migrandi"; en *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 7, no 2. 2013, <http://www.urjc.es/ceib>
- CHUECA SANCHO, Ángel G., El ius migrandi en el derecho internacional de las migraciones; BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel (coord.), *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, 2008, pp. 753-778.
- DE LUCAS MARTÍN, Javier. La inmigración, como res política; *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 10, Madrid, pp. 1-44, <http://www.redeseducacion.net/articulos/Materiales/Interculturalidad/delucas%20la%20inmigración%20como%20res%20pol%C3%ADtica.pdf>
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, duodécima edición, 1999, p. 508.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 1ª edición, 2003.
- ESTEPA MOHEDANO, Lorenzo y MARGENAT PERALTA, José María, "Una sola familia humana: hospitalidad y derechos humanos de las personas inmigrantes"; en *Revista de fomento social*, N° 279-280, 2015, pp. 597-605.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Extranjería: Principios de Derecho Internacional General; *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, N° 11, 1991, pp. 39-51.
- GARCÍA-VÁZQUEZ, Sonia y GOIZUETA VÉRTIZ, Juana, "Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho de residencia"; *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, N° 11, 2007, pp. 257-277.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J. *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*. Madrid, Civitas, 1991.
- JUSTE RUIZ, José. El Derecho internacional de las migraciones: entre la crisis y la renovación; *Anuario Español de Derecho Internacional*, N° 35, 2019, pp. 535-551.

- LAHAV, Gallya, "International versus National Constraints in Family-Reunification Migration Policy", *Global Governance*, Vol. 3, No. 3, Sept.–Dec. 1997, pp. 349-372, p. 349.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., "Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional", en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Inersero, 1995.
- MARTÍNEZ VILLA, Víctor Javier, "Derecho al libre tránsito"; *Perseo (Programa Universitario Derechos Humanos, UNAM)*, N° 32, octubre 2015, sp.
- MARZAL, Antonio. "La teoría jurídica de las migraciones en Vitoria: el el principio de libre circulación en la De Indis recenter inventis Relectio Prior";
- MARZAL, Antonio (ed.). *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*. J.M. Bosch editor, Barcelona, 2002.
- MARZAL, Antonio. El orden internacional público en la reflexión jurídica de Vitoria; *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, N°. 3, 2004, pp. 117-146.
- NAÏR, Sami y DE LUCAS, Javier. *El desplazamiento en el mundo*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1ª ed., 1998.
- ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Un breve comentario en su 50 aniversario*, Bilbao, Forum Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 1997.
- ORTIZ AHLF, Loretta, La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes; en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo et al. (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de México-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, pp. 1237-1262.
- PÉCOUD, Antoine; GUCHTENEIRE, Paul de, "Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas", *Migraciones internacionales*, El Colegio de la Frontera Norte, A.C., vol. 3, N°. 2, julio-diciembre, 2005, pp. 137-166, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15103206>
- PEÑA, Lorenzo, "El derecho del individuo a circular libremente", *La Balsa de la Medusa*, N° 21, Madrid, 1992, pp. 3-17.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 6ª ed., 1999
- PIÑAR MAÑAS, J. L., El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en el territorio nacional; *Revista de Administración Pública*, N° 93, 1980, pp. 199-212.
- R. HOOVER (2018). *La creación de fronteras compasivas*. Una ética migratoria, Mauro Pérez Bravo, 2018.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Comentarios al artículo 11; *Constitución Mexicana comentada*, México, IJ-UNAM, 6ª edición.
- SACRAMENTO, Octávio, Márgenes de una Europa selectiva: Fronteras indolentes y vidas en excepción; *Migraciones internacionales*, El colegio de la Frontera Norte, vol, 9, N°. 2, julio-diciembre 2017, pp. 227-236.
- TOMÉ DA MATA, Edileny, A Trajetória Migratória como Cenário de Análise. Análise do Artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; PRONER, Carol,

- OLÁSULO ALONSO, Héctor, VILLÁN DURÁN, Carlos, RICOBOM, Gisele, BACK, Charlott (coords.) *70º aniversario de la declaración universal de derechos humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 165-172.
- UGUR, Mehmet. "Libertad de circulación versus exclusión: Una reinterpretación de la división <propio-extraño> en la Unión Europea"; MALGESINI, Graciela (comp.). *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Madrid, Fundación Hogar del empleado, 1ª edic., 1998, pp. 289-335.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global; *Arbor Ciencia, pensamiento y Cultura*, Vol. 188 - 755 mayo-junio 2012, pp. 457-473.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, Política migratoria de fronteras abiertas: un paso hacia la justicia global; *Migraciones Internacionales*, Vol. 8, N°. 4, 2016, pp. 41-72.
- VITALE, Ermanno, Derecho a migrar: ¿el cumplimiento de la edad de los derechos?; *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N°. 253, 2010, págs. 47-64

La situación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes en la frontera sur de México: el caso de Tapachula, Villahermosa y Tenosique

Ivonne Álvarez Gutiérrez¹

Introducción

México es la antesala de flujos mixtos migratorios, provenientes principalmente de Centroamérica, actualmente es reconocido como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes, esto implica retos enormes en la gestión de los mismos con perspectiva de género y derechos humanos.

La migración es un fenómeno mundial que ha sido abordado desde distintas aristas y a través de diferentes áreas del conocimiento, su estudio implica visiones económicas, jurídicas, políticas, de derechos humanos, con enfoques de seguridad nacional, ambiental, entre otros. Tal es la relevancia del fenómeno que recientemente se firmó el Pacto Mundial por una migración regular, ordenada y segura, lo que deja en evidencia la preocupación central de la comunidad internacional.²

Es un hecho insoslayable que la migración, además de ser un fenómeno multifactorial, ha sido una constante a lo largo de la historia de la humanidad, aunque en diferentes escalas, y, ha suscitado problemáticas propias en cada espacio y tiempo. Históricamente México se caracterizó como país de origen y tránsito de migrantes, mayormente centroamericanos, cuyo destino principal fue y ha sido los Estados Unidos de Norteamérica. En la actualidad, ante la severidad de la política migratoria del país del norte, México también se ha convertido en país destino de migrantes centroamericanos.

Si bien es cierto, en últimos tiempos se ha reconocido discursivamente a la migración como derecho humano, existen dos posturas al respecto. Una de ellas, es impulsada por organismos internacionales y los Estados soberanos en términos de promover una migración segura, ordenada y regular en términos de cumplimiento con los marcos normativos para la internación de personas en los países. La otra postura, es promovida por organizaciones de la sociedad civil

¹ Doctora en Ciencias Sociales. Catedrática CONACYT adscrita al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas dentro del proyecto 232 titulado "La protección jurídica de las niñas y mujeres migrantes en la Frontera Sur".

² *Global compact for safe, orderly and regular migration*, 13 Julio de 2018. (Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular). [En línea]. Fecha de consulta 15 de junio 2019. Disponible en https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf.

defensoras de derechos humanos de las personas migrantes, que sostienen que el ejercicio de los derechos humanos trasciende el discurso de securitismo y legalidad, incluso las fronteras mismas de los países de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.

En el presente artículo adoptamos una posición híbrida, es cierto que las persona, familias o grupos que deciden cambiar su residencia a otro país, del que no son originarios, deben cumplir con la normatividad del país de acogida, sin embargo, los países están obligados, en razón de la suscripción de tratados internacionales, a considerar situaciones de inminente emergencia en las que deben suspenderse las reglas de la migración segura y ordenada, y más aún, tratándose de grupos con riesgo de perder la vida e integridad física, o en situación de vulnerabilidades múltiples como en el caso de las niñas, niños y adolescentes.

A todas luces, el problema de las naciones no es la migración regular, en todo caso, conseguir que se dé una migración regular sería la aspiración principal, el meollo del asunto se encuentra en la migración irregular que se da al margen de las condiciones jurídicas, sociales, económicas, y, que la propia condición de irregularidad sitúa a las personas en un primer estado de vulnerabilidad. No obstante, la política migratoria está considerada como un asunto doméstico, en el cual, los Estados cuentan con soberanía para normar el procedimiento y mecanismos para el ingreso y el egreso de personas de su ámbito jurisdiccional.

En la actualidad, la emigración centroamericana ha alcanzado niveles nunca antes vistos, Honduras ocupa el primer lugar de inmigrantes de Centroamérica en México, seguido por El Salvador. En el caso de Guatemala, pasó del primer lugar al tercer sitio.³ Particularmente, existe un aumento sin precedentes de migración de familias, mujeres en primera persona y de niñas, niños y adolescentes (NNA), sean acompañados o no acompañados. Esta situación puso en alerta a las autoridades, organizaciones de la sociedad civil y a la comunidad internacional, sobre la necesidad de atender la problemática de los nuevos flujos migratorios que presentan superposición de vulnerabilidades, dinámica conocida como el nuevo rostro de la migración.⁴

En el presente capítulo, analizaremos la inmigración de niñas, niños y adolescentes en México, en virtud de ser un grupo de población con vulnerabilidades múltiples y sujetos de protección reforzada⁵, cuya condición vital empeora cuando viajan sin compañía. Abordaremos el tema, partiendo de los

³ Véase Boletín estadístico anual Inami 2008-2018, Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación, específicamente el relativo a eventos de extranjeros alojados en estaciones migratorias según continente y país de nacionalidad.

⁴ Lexartza Artza, Larraitx, Caicedo, Cabañas Ana, *et al.* Mujeres centroamericanas en las migraciones. Una mirada alternativa frente a un discurso homogenizante sobre las migraciones. Costa Rica, PSC-Cefemina, 2012, p. 17.

⁵ La protección reforzada es un estándar retomado por sistema interamericano de derechos humanos, que implica obligación y responsabilidad por parte del Estado para implementar medidas legales, institucionales, sociales, culturales, singulares y únicas para evitar la violación de derechos de grupos o sujetos en situación de vulnerabilidad. Véase Sentencia CoIDH caso González y otras (Campo Algodonero), 16 de noviembre de 2009, párrafo 282. En el caso que nos ocupa, la protección reforzada implica la consideración de triple vulnerabilidad de NNA, la condición de niñez, migrante e irregularidad, además en el caso de las niñas una cuarta en razón de su condición de mujer.

instrumentos jurídicos, internacionales y locales, desde una visión de derechos humanos, teniendo como referencia central la política migratoria de nuestro país, con especial énfasis en la situación de niñas y adolescentes migrantes, ya que afirmamos que su condición de género les añade una dosis extra de vulnerabilidad en el proceso migratorio.

Específicamente, se examinará la normatividad internacional y nacional a efecto de delimitar las obligaciones de México con relación a este grupo social, además se analizarán datos del Instituto Nacional de Migración (Inami) y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar) con el objetivo de hacer patente el aumento de NNA, poniendo especial atención a los que viajan no acompañados y, por tanto, los requerimientos del grupo en términos de la garantía de sus derechos humanos. Concretamente, nos centraremos en la realidad que se vive en albergues de tipo público y privado, con modelos de atención de puertas abiertas y cerradas, en los municipios de Tapachula, Villahermosa y Tenosique.

Delimitación conceptual

Teniendo en cuenta la amplitud conceptual del fenómeno migratorio, y dado que la enunciación lleva implícita la concepción del mismo, en este apartado delimitaremos algunos conceptos que usaremos a lo largo del texto.

Por principio de cuentas, emplearemos el concepto de migrante internacional que se refiere a la persona que sale de su país de origen e ingresa a otro, ya sea que lo considere como país de tránsito o de destino, con permanencia temporal o definitiva y estancias regulares o irregulares.

Tocante a la noción de migrante internacional irregular, se ubica en los términos del concepto anterior, sumando la característica del ingreso sin cumplimiento de las condiciones legales del país de acogida o tránsito vigentes al momento de su llegada.

En lo que respecta a la definición de niñas, niños y adolescentes (NNA) migrantes irregulares, corresponde a las personas menores de 18 años, que se encuentran fuera de su país de origen e ingresan a otro país sin cumplir las condiciones legales previamente establecidas. Cabe aclarar, que si bien el vocablo “menores” tiene una connotación negativa, en términos de disminución de capacidades,⁶ en este capítulo lo incorporamos únicamente para hablar de los sujetos menores de 18 años de edad, que en el caso de México, es la edad establecida para el tratamiento de NNA. Particularmente, retomamos el sentido de dicho vocablo, del señalamiento vertido en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, en la que se advierte que es un niño “todo

⁶ Ortega Velázquez, Elisa, Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana. Entre el control y la protección. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, no. 142, p. 189.

ser humano menor de dieciocho años de edad”,⁷ de manera que en adelante, al hablar de “menores” de ninguna forma se está señalando la disminución de capacidades de persona alguna.

Otra precisión importante, en este capítulo se está contemplando a la persona migrante desde la condición de irregularidad y no de ilegalidad, ya que esta segunda acepción, claramente denota una connotación negativa y estigmatizante, que “refuerza la criminalización de los migrantes y el estereotipo falso y negativo de que los migrantes por el simple hecho de encontrarse en situación irregular son criminales”⁸. Reflejo claro de esta perspectiva, se advierte en las reformas a la Ley de Migración y Ley General de Población⁹ en la que se dejó de considerar al migrante en términos de ilegalidad.

Por último, este breve recuento conceptual, cierra con la noción de vulnerabilidad, concebida como una condición vital multifactorial que genera riesgo o situaciones de discriminación en grupos sociales específicos, que por su causa se ven impedidos de alcanzar mejores niveles de vida y bienestar. Adicionalmente, se reconoce que un grupo social, esté o no en situación de pobreza, puede encontrarse en condición de vulnerabilidad, por ejemplo, por su condición de género, por su raza, cultura o edad. De manera que es necesario minimizar las situaciones de riesgo para grupos o personas.¹⁰

Política migratoria

La visión basada en derechos humanos de la Ley de Migración del 2011, planteó el inicio de un nuevo paradigma de la política migratoria mexicana. En ese momento, las expectativas fueron altas y en los foros nacionales e internacionales, se presumía el papel del Estado mexicano como un país garante de los derechos humanos de las personas migrantes, ya que, en el discurso, no se distinguía su situación migratoria¹¹ para el reconocimiento y ejercicio de sus derechos humanos. Este escenario favorable, se fortaleció a raíz de la publicación de la Ley sobre Refugio y Protección Complementaria que, en términos de adecuación normativa, excedió el contenido de la Declaración de Cartagena en las causales para el reconocimiento de los refugiados.¹²

⁷ Convención de los Derechos del Niño, art. 1.

⁸ CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA, 2013, pie de página 3, p. 3.

⁹ La despenalización de la migración irregular con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 21 de julio de 2008 en la que se abroga el artículo 103 de la LGP.

¹⁰ Norma Oficial Mexicana. Prestación de servicios de asistencia social para niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo y vulnerabilidad, (NOM-EM-001-SSA3-2010),

¹¹ De acuerdo con la Ley de Migración, debe entenderse por situación migratoria a la “hipótesis jurídica en la que se ubica a un extranjero en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país. Se considera que el extranjero tiene situación migratoria regular cuando ha cumplido dichas disposiciones y que tiene situación irregular cuando haya incumplido con las mismas.” (art. 3 fracción XXVIII)

¹² Sánchez Estrada, Jazmin, Hacia una política migratoria con perspectiva de derechos humanos. Una mirada crítica a los derechos de niñas/os migrantes no acompañados. México, Alegatos, unum.86, enero-abril 2014, p. 162.

En la Ley de Migración (LM) se reconoció la existencia de grupos vulnerables y por ende, de atención prioritaria, tal es el caso de las mujeres, menores de edad, indígenas y personas de la tercera edad, víctimas del delito,¹³ además se establecieron, el tratamiento de todas las personas migrantes con base en los principios de respeto irrestricto a los derechos humanos sin distinción de origen, nacionalidad, género, etnia, edad o situación migratoria, la congruencia para la exigencia en el tratamiento de connacionales en otras jurisdicciones, el enfoque integral acorde a la complejidad de la movilidad internacional de personas, la responsabilidad compartida, hospitalidad y solidaridad a solicitantes de refugio, la facilitación de movilidad internacional, complementariedad de mercados laborales, la equidad entre nacionales y extranjeros, y el reconocimiento de derechos adquiridos de los migrantes, como son, la unidad familiar, la integración social y cultural entre nacionales y extranjeros residentes.¹⁴

En el caso específico de los niños, niñas y adolescentes, en esta misma legislación se les reconoció como sujetos de derechos, facultados para: participar en procedimientos judiciales, ser escuchados y en caso de requerirlo, ser protegidos. También se contempló un procedimiento especial para los menores no acompañados, considerando su condición de extrema de vulnerabilidad. En la LM, se sujetó esta participación en función de la edad, pero teniendo como referencia el principio de interés superior del menor.¹⁵

No obstante, pese a todos estos avances, pronto se hicieron patentes las ineficacias en términos de cumplimiento normativo, impulsadas primero, por políticas de seguridad nacional, o lo que se ha denominado como securitismo, que se establecieron inicialmente mediante el Plan Frontera Sur durante el sexenio de Enrique Peña Nieto¹⁶ y en la actualidad, perfiladas como políticas de contención ante el avance de las caravanas de migrantes.¹⁷ Dichas caravanas, iniciaron en octubre del 2018 con la primera gran caravana de personas provenientes principalmente de países centroamericanos,¹⁸ cuyo destino final era y

¹³ Ley de Migración, art. 2 párrafo segundo y 73.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el interés superior del menor debe entenderse como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y norma de procedimiento. (Jurisprudencia constitucional, Primera sala, TA, 2010602, Libro 25, diciembre de 2015). Esta visión fue retomada de la Observación General no. 14 emitida en el 2013 por el Comité de los Derechos del Niño denominada “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, misma que interpretó el artículo 3 párrafo 1 de la Convención en su párrafo sexto.

¹⁶ Morales Vega, Luisa Gabriela, Sanromán Aranda, Roberto, Derechos humanos y seguridad nacional en México. Programa Frontera Sur a cuatro años de la Ley de Migración. México: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2016 vol. XVI, pp. 345-372. (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/529>), 15 de enero 2019.

¹⁷ Diversas organizaciones de la sociedad civil prefieren denominarlos éxodos masivos de personas.

¹⁸ Rojas, Ana Gabriela, Caravana de migrantes: “Ya estamos en México, no vamos a parar”, miles desafían a Donald Trump y siguen su marcha hacia Estados Unidos, 22 de octubre 2018, (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45936317>). Rojas, Ana Gabriela, Caravana de migrantes: primer grupo llega a Ciudad de México, un punto “crucial” en su viaje, 5 de noviembre 2018, (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46092777>). Redacción. Caravana: un segundo grupo de migrantes centroamericanos rompe la valla fronteriza entre México y Guatemala en fuerte enfrentamiento con la policía, 29 de octubre de 2018, (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46013195>).

hasta la fecha, sigue siendo los Estados Unidos de Norteamérica, con todo y el discurso amenazante de su actual presidente Donald Trump.

En este horizonte, podemos definir a la política migratoria como todas aquellas acciones y omisiones que cualquier Estado puede imponer, para el ingreso de personas extranjeras a su jurisdicción territorial, pero también para el egreso e ingreso de sus propios ciudadanos.¹⁹ Si bien es cierto que, existen instrumentos en el ámbito internacional que delimitan, hasta cierto punto, estándares de la migración internacional, también hay que aceptar que en la mayoría de ellos, se hace énfasis en el reconocimiento a la soberanía de los Estados para la regulación de ingreso a personas extranjeras,

El derecho internacional reconoce el derecho de todo el mundo a salir de cualquier país, incluido el propio, y a regresar al propio país. Sin embargo, no contempla el derecho a entrar en otro país: los Estados retienen la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular. Esta prerrogativa está sujeta, no obstante, a sus obligaciones en materia de derechos humanos y a cualquier acuerdo o convenio que puedan haber suscrito para limitar su soberanía en este ámbito, como por ejemplo, su participación en un régimen de movilidad regional.²⁰

Inclusive la propia Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ICRMW), establece que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares”²¹, subrayando la obligación de las personas migrantes, de cumplir con la normatividad de cada país y respetar su identidad cultural, y dejando en claro que dichos Estados, no tienen la obligación jurídica de solucionar la situación irregular de los trabajadores migrantes.²²

Aunque en términos generales, los instrumentos especializados en ámbitos de migración internacional, abogan por la soberanía de los estados para regular el ingreso a su territorio de personas extranjeras, además de promover una migración ordenada, segura y regular, estos mismos instrumentos reconocen la existencia de la migración internacional irregular e, imponen a los Estados parte, tanto de origen, como de tránsito y de destino a tomar medidas para la atención de las personas migrantes, sobre la base del respeto a los derechos humanos.

¹⁹ La propia Ley de Migración en su artículo 1º, señala enfáticamente que tiene por objeto “regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales” (Ley de Migración, art. 1º.)

²⁰ Migración, Derechos Humanos y Gobernanza. Manual para Parlamentarios no. 24, Unión Interparlamentaria 2015, Organización Internacional del Trabajo y Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, p. 21.

²¹ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 79, [En línea] <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>, recuperado el 15 de julio 2019.

²² Migración, Derechos Humanos y Gobernanza, *op. cit.*, pp. 22-23.

Por tanto, es posible afirmar que la política migratoria, por un lado, es resultado de lo que se ha denominado como derecho doméstico o jurisdicción exclusiva del Estado,²³ y por otro lado, deriva de la existencia de estándares para el tratamiento de las personas migrantes, con situaciones regulares o irregulares, que el Estado tiene la obligación de acatar, tras suscribir instrumentos internacionales, tanto del sistema universal como regional, que limitan su soberanía.²⁴

Más aún, si tenemos en cuenta la presencia de grupos vulnerables que son sujetos de protección reforzada, como son los niños, niñas y adolescentes en procesos migratorios, especialmente cuando viajan sin compañía. En tales casos, la propia UNICEF ha abogado para que se anteponga la situación de niñez a la condición de migrante, sobre todo en lo que respecta a los NNA no acompañados.²⁵

Prerrogativa similar la que encontramos en la Constitución Política Mexicana, que en su artículo primero, determina que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”²⁶, así como en la Ley de Migración, que también reconocen los derechos humanos de las personas, al margen de su condición migratoria.

Los NNA no acompañados: más que sólo un número

Es una realidad ineludible, el incremento de niñas, niños y adolescentes en la migración internacional. Según datos de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), al 2017, el número de personas que reside en un país en el que no nació es de 258 millones, de los cuales 124.8 millones son mujeres y 36.1 millones son niños,²⁷ lo que representa el 48% y 14% de la migración internacional²⁸ respectivamente. Del gran total de migrantes internacionales, 58 millones radica en Norte América, 78 millones en Europa y 80 millones en Asia.

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (UN-DESA) alertó sobre el incremento de niños que emigran sin compañía. Tan sólo el número de niños no acompañados y separados que solicitan asilo fuera de la Unión Europea aumentó de 4,000 en 2010, a 19,000 en 2015. De igual forma, creció el número de niños no acompañados entre los

²³ Señala en este tenor Mireya Castillo, que “en cuanto una materia es objeto de regulación convencional, se convierte internacional y deja de formar parte de los asuntos que integran la jurisdicción exclusiva del Estado que se vincula por el tratado, limitando así su soberanía. Este principio ha tenido gran importancia en la protección internacional de los derechos humanos, y consecuentemente, en la internacionalización de los mismos.” (Castillo Daudí, Miyera, Derecho internacional de los Derechos Humanos, España, Tirant To Blanch, 2006, p. 37)

²⁴ La internacionalización de los derechos humanos ha generado que una diversidad de temas domésticos o locales excedan las fronteras legales de los países y se convierta en temas de interés de la comunidad internacional que refuerzan el ámbito local. Véase Silva Meza, Juan, La internalización de los derechos humanos. El turno de la justicia mexicana, en Carbonell Miguel, Fix-Fierro Héctor, *et al.*, Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo V, Vol. 2. México: IJ-UNAM, 2015. En línea <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/1.pdf>, recuperado el 15 de junio de 2019.

²⁵ Informe anual México 2017. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), p. 29.

²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos DOF 5 de febrero de 1917, artículo 1º.

²⁷ *Global Migration Indicators*. International Organization for Migration (IOM), 2018, p. 9.

²⁸ *Ibid.*, p. 21.

solicitantes de asilo en Europa. En 2010 era de 10,610, para el 2015 alcanzó los 95,208 y disminuyó a 63,280 en 2016.²⁹ De acuerdo a las estimaciones de la UNICEF, en el continente americano, 6.3 millones de migrantes son menores de 18 años.³⁰

En el caso de México, las cifras del Instituto Nacional de Migración (Inami) y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar), permiten apreciar claramente un aumento significativo en el número de NNA en el proceso migratorio, sea en situación de acompañados o no acompañados. Entre los registros del Inami, se observa que en el 2013, accedieron a un retorno asistido a sus países de origen, un total de 8,577 de NNA. Para 2018, esta misma categoría migratoria alcanzó los 25,965 NNA, con un alza importante en 2016, cuando se contabilizó el retorno de 38,555 NNA. De estos menores, los que se desplazaron sin estar acompañados fueron al 2013 un total de 5,653, y al 2018 ascendieron a 8,729. En este periodo se dieron dos elevaciones relevantes. La primera en el 2015 que fueron retornados de manera asistida a 19,798 NNA no acompañados y la segunda al año siguiente, en el 2016 que la cifra fue de 17,318.

Tabla 1. Relación de niñas, niños y adolescentes que accedieron a un retorno asistido a su país de origen por el Inami

Total NNA	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Inami Total ¹	8 577	18 169	36 921	38 555	17 093	25 965
Hombres	6 242	11 835	23 589	24 930	11 113	16 639
Mujeres	2 335	6 334	13 323	13 625	5 973	9 319
No acompañados	5 653	8 343	19 790	17 318	7 103	8 729

Fuente: Elaboración propia con información del Boletín Estadístico Anual Inami 2013-2018, Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación.

En relación con las solicitudes de refugio presentadas ante la Comar, al 2013, se registraron 381 solicitudes de menores, sin embargo, para el 2018 se hicieron 2,251 solicitudes. En este caso, el pico de solicitudes se situó en el año 2017, ya que se recibieron 4,335 solicitudes. De estos totales, en el 2013, se recibieron 60 solicitudes de NNA no acompañados y en el 2018, 268 solicitudes. Dentro de esta categoría, el aumento de registros se ubicó en el 2017 que la Comar recibió 648 de solicitudes de refugio de NNA no acompañados.

²⁹ *Ibid.*, p. 42.

³⁰ Niños y niñas migrantes y refugiados en América Latina y el Caribe. Un llamado a la acción. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2017.

Tabla 2. Relación de niñas, niños y adolescentes que solicitaron refugio ante la Comar

Total NNA	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Comar total ²	381 ³	713 ⁴	1 155 ⁵	3 174 ⁶	4 335 ⁷	5 251 ⁸
Hombres 0-19	235	420	686	1 790	2 433	2 944
Mujeres 0-19	146	293	469	1 384	1 902	2 307
No acompañados	60	72	137	231	648	268

Fuente: Elaboración propia con información del Boletín Estadístico de Solicitudes de Refugio en México, Comar, 2013-2018, Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación.

En pocas palabras, si la condición de niñez en migración, a nivel general, implica múltiples vulnerabilidades y grandes riesgos en el proceso migratorio, para los menores que emigran sin compañía, representa exponerse a riesgos inimaginables. Es por eso que en México, al menos en el discurso, se emitió una legislación que antepone la condición de NNA a la de migrante y más aún a la situación de irregular. En el siguiente apartado justamente abordaremos a la niñez, concebidos como sujetos de derechos, además expondremos las implicaciones de esta consideración en términos prácticos y haremos una descripción del corpus iuris nacional e internacional de la niñez en condición de migración, con miras a la delimitación de las responsabilidades que tienen los estados ante la niñez migrante, con especial atención en los procesos de migración irregular por parte de los NNA no acompañados.

Excepcionalidad de la condición de niñez

A pesar de que la política migratoria es general, distingue categorías de grupos vulnerables, lo que implica la existencia de un régimen especial para dichos grupos, entre los cuales destacan los niños, niñas y adolescentes. La Convención de los Derechos de los Niños y sus tres protocolos facultativos,³¹ configuran en el ámbito del sistema universal el corpus iuris especializado para la atención de la condición de niñez como grupo con requerimientos de protección reforzada debido a la vulnerabilidad que enfrentan en el mundo.³²

Este ámbito internacional de atención especializada y protección reforzada, ha tenido implicaciones tangibles al interior de los estados. La condición de niñez y el respeto a sus derechos humanos, dejaron de ser asuntos domésticos

³¹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armado publicado en el DOF el 3 de mayo de 2002. Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía publicado en el DOF el 22 de abril del 2002. Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (no ha sido ratificado por México).

³² El *corpus iuris* internacional de los derechos de los NNA se encuentran en los siguientes instrumentos: en el caso del sistema universal en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los cinco tratados centrales sobre derechos humanos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

de los Estados, para convertirse en exigencias de instancias supranacionales, que les imponen estándares e informes con relación a la promoción, protección y respeto a los derechos humanos de este grupo vulnerable. Precisamente, es el caso del Comité que vigila el cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Hasta el 2017 el Comité emitió 21 observaciones generales, resultando relevantes para el presente capítulo, las observaciones generales 5, 6, 14, 19 y 20, aprobadas y publicadas recientemente.

Tabla 3. Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos del Niño

No. 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño
No. 6 Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen
No. 12 El derecho del niño a ser escuchado
No. 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)
No. 19 (2016) sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)
No. 20 (2016) Sobre efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia

Fuente: Elaboración propia con base en información del Comité de Derechos del niño, UNICEF-DIF Nacional.

De las observaciones anteriores, podemos destacar la configuración del niño como sujeto de derechos con la posibilidad de ejercitarlos de manera directa, sin que necesariamente tenga que mediar la participación de sus padres, tutores o representantes legales, aún en procedimientos jurisdiccionales, por lo cual, el derecho del niño a ser escuchado implica, en términos de la autonomía progresiva, que el NNA pueda tomar decisiones que trascienden su esfera individual y familiar.

Además, se configura con mayor especificidad el interés superior del menor como derecho sustantivo, principio jurídico y norma de procedimiento, criterio que ha sido retomado por nuestro más Alto Tribunal Constitucional.

Específicamente, el Comité, hace referencia a NNA no acompañados o separados y las obligaciones de los estados con relación a este grupo vulnerable en la observación 6, de la que podemos destacar, la obligación de todos los poderes para, “promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las

(CTPCID); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR); y finalmente la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM). A nivel especializado, además de la Convención de los Derechos del Niño y sus tres protocolos, tenemos la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 (CDTM) y los Convenios de la OIT sobre Trabajo Infantil. A nivel regional, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en el ámbito general la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En el ámbito especializado, el Protocolo adicional de la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o también llamado pacto de San Salvador

actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general³³, y no solo aplica para los niños ciudadanos, sino en general para solicitantes de asilo, refugiados y niños migrantes, con independencia de su nacionalidad, apátrida, o situación en términos de inmigración.

Entrando al ámbito local, tanto la Ley General de los Derechos de los NNA, como sus homologas estatales, retomaron la visión de los menores como sujetos de derechos y la primacía del interés superior del menor³⁴ en su tratamiento como grupo vulnerable y, por consecuencia, sujetos de protección reforzada. Concretamente, la legislación mexicana, considera niño y niña al sujeto menor de entre cero hasta doce años de edad y a los adolescentes, los sitúa a partir de los doce años hasta antes de los dieciocho. Sin dejar de mencionar, que la edad biológica dejó de considerarse como el indicador obligado para determina el nivel de conciencia de un menor, resultando que, en términos de la autonomía progresiva, resulta de mayor relevancia la madurez psíquica, aunque, en la práctica, existe mayor propensión en considerar que un adolescente tiene mayor conciencia para decidir sobre su propia persona que un menor de doce años.

Llegados a este punto, es factible afirmar, que la visión de derechos de la legislación mexicana, por lo menos a nivel discursivo, con relación al tratamiento de menores, resulta de tal envergadura que reconoce como sujeto de protección a menores migrantes,³⁵ sin considerar su nacionalidad y condición migratoria, delimitando medidas de protección especiales en los procedimientos en que sean parte, dejando a cargo del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y los sistemas estatales, su alojamiento, así como la participación del menor en todo procedimiento que afecte o pueda afectar su situación jurídica. La misma legislación impone a los funcionarios del DIF, la obligación central, al momento de entrevistarse con los NNA, de identificar la presencia de menores que requieren el reconocimiento de la condición de refugiados o de asilos para informarlo al Inami y/o a la Comar. Tal como veremos más adelante, los encargados de los albergues, al advertir dicha situación, al primero que cuestionan si desean iniciar o no con el trámite es al menor y si éste no accede, se omite dar aviso al Inami o a la Comar.³⁶

³³ Observación General No.6, Tratado de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005. [En línea], <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, recuperado el 15 de junio de 2019.

³⁴ Además de este principio, en su artículo 6, contempla otros trece principios concatenados con el artículo 1º. y 4º Constitucional, a saber: igualdad sustantiva, no discriminación, inclusión, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, la participación, interculturalidad, la corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades, la transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales, autonomía progresiva, el principio pro persona, el acceso a una vida libre de violencia, y la accesibilidad.

³⁵ Señaló la ley la distinción de niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados, no acompañados, separados, nacionales, extranjeros y repatriados en el contexto de movilidad humana como sujetos de protección de la Ley General de Derechos de los NNA.

³⁶ De acuerdo con la propia observación no. 6, en términos del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, le asiste el derecho a expresar su opinión libremente, lo que implica que “se recabarán y tendrán debidamente en cuenta los deseos y las opiniones del niño o niña” (Observación general no. 6, *óp. cit.*, p. 25. Así mismo, el protocolo de atención a menores migrantes no acompañados señala en el punto II.2.2.4.4 que, en términos de valoración del riesgo, una vez identificado



Sirva lo anterior para identificar la configuración de los derechos de NNA nacionales o extranjeros en la jurisdicción estatal.

A todas luces, esta nueva ordenación de la niñez, ha trastocado las visiones clásicas, tanto sociales como legales, en las cuales se consideraba al menor como escaso en el uso de la razón, sin la posibilidad de tomar decisiones, dada su inmadurez y falta de desarrollo intelectual. En contraste, la perspectiva actual sitúa al menor como actor social relevante en la configuración de sus propias experiencias³⁷ y lo constituye como actor legal con capacidad de ejercitar directamente sus derechos, tal como veremos en el siguiente apartado.

NNA: sujeto de derecho

En la Convención de los Derechos del Niño, se estipula que los menores de 18 años son sujetos de derechos,³⁸ esto implica que el ejercicio y exigencia de sus derechos no depende totalmente de su representante legal o tutor, sino que se da en función de lo que se ha denominado como, autonomía progresiva,³⁹ es decir, que los NNA deberán participar directamente en las decisiones que afecten su esfera jurídica, en la medida que desarrollan mayor nivel de autonomía, que ya mencionamos antes, no se relaciona con la edad, sino con la madurez psíquica y la capacidad del menor para tomar decisiones, dando como resultado la disminución del derecho de los padres para decidir por el menor, teniendo como eje rector el interés superior del menor. Es decir, a mayor nivel de madurez del NNA, menor injerencia de los padres o tutores en la toma de decisiones en representación del mismo.

Advertimos claramente, que ser sujeto de derechos, en el caso de los menores, implica contar con una protección reforzada, o como se ha nombrado en los instrumentos internacionales, del “cuidado, protección y asistencia especial”⁴⁰ que le otorga su condición de minoría de edad. Esta condición la adquiere “todo ser humano menor de dieciocho años”⁴¹ y en términos de la Convención de los Derechos del Niño -instrumento rector para la condición de niñez- los Estados parte asumen la obligación de proteger a todo niño

por el entrevistador deberá canalizar de inmediato a una instancia competente para la protección de la vida e integridad del NNA, lo que dependerá del perfil migratorio (Protocolo de atención para NNA migrantes no acompañados o separados, *óp. cit.* p. 48).

³⁷ Mielés, María Dilia. Acosta, 9Alejandro, Calidad de vida y derechos de la infancia: un desafío presente. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Colombia, 2012, Vol. 10 N° 1 (Ene -Jun., 2012), pp. 205-217.

³⁸ Convención Internacional de los Derechos del Niño, artículos 5 y 12.

³⁹ Esto ha sido desarrollado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en diversas tesis aisladas y jurisprudencias como principio rector de las decisiones jurisdiccionales, vinculado con el principio de interés superior del menor, en casos relativos a tópicos médicos, religiosos e incluso en procedimientos jurisdiccionales, como un principio habilitador del menor, dejando de ser la edad biológica un principio con relación a asuntos en los que se incluya la afectación a la esfera jurídica de los menores. (Véase Jurisprudencia Constitucional 2013952, 1a./J.12/2017 y tesis aisladas 2019215 1a. VII/2019, 2019216, 1a. VIII/2019).

⁴⁰ Convención Internacional de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989 (<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>), 15 de enero 2019.

⁴¹ Con relación a la edad la propia convención advierte: “A menos que, de acuerdo con las disposiciones de cada país, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. (Convención de los Derechos del Niño, art. 1)

sujeto a su jurisdicción, sin distinción de origen nacional, nacimiento o cualquier otra condición, lo que conlleva que los NNA migrantes son sujetos de protección a partir de éste ordenamiento.

Por su parte, en la teoría jurídica clásica del derecho civil, la persona humana, que es sujeto de derechos y obligaciones, adquiere lo que se conoce como capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En lo que toca a la capacidad de goce, se obtiene al nacer, mientras que la capacidad de ejercicio, se alcanza al cumplir la mayoría de edad. Esta última, se relaciona con la capacidad de obligarse jurídicamente y en esa medida, de responder por las acciones de manera individual. A diferencia de la capacidad de goce, que es una forma limitada, ya que la adquiere una persona menor de edad, que carece de potestad para hacer valer sus derechos y adquirir obligaciones jurídicas concretas, derivando en la responsabilidad de sus padres, tutor o representante legal.⁴²

En cambio, el *corpus iuris* actual de los niños, ha revertido esta vertiente teórica clásica, al reconocer a los menores de edad como sujetos de derechos, con posibilidad de exigencia de manera directa, no en función de la edad, sino en función de la madurez psíquica.⁴³ Aunque cabe considerar, que esta especie de capacidad de ejercicio, queda restringida y se limita a la adquisición de obligaciones y/o responsabilidades jurídicas, y se da, en función de la protección y cuidados especiales que exige la condición de niñez, y, como protección reforzada, en función del ejercicio y exigencia de sus derechos.

Desde la óptica de la normatividad internacional, se concibe que los NNA migrantes, independientemente de su situación migratoria, tienen derechos civiles, económicos, sociales y culturales, que deben ser promovidos y respetados por los Estados partes. La normatividad mexicana, incluida la migratoria, retoma esta visión y reconoce, derechos tales como, a la educación, a la salud, a la vivienda, etc. En todo caso, la dificultad estriba en la eficacia y la exigencia de esos derechos, es decir, en el discurso la LM es una normatividad garante y ampliamente protectora de los derechos humanos de los NNA migrantes, sin embargo, al momento de intentar ejercitar estos derechos, las instituciones públicas carecen de infraestructura y conocimientos de las obligaciones que tienen

⁴² Véase Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*. México, Porrúa, 2002, pp. 49-54. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*. México, Porrúa, t. VIII, 2008, pp. 91-106.

⁴³ Este reconocimiento como sujetos de derechos con posibilidad de exigencia directa, ha traído como efecto que, por ejemplo, los menores de edad puedan ser parte en un juicio de amparo en donde aduzcan violación a derechos humanos, sea la salud, medio ambiente, agua, educación, vivienda, etc.

con relación a la comunidad migrante,⁴⁴ adoleciendo la norma de efecto útil, en términos de garantía para el sujeto titular del derecho.⁴⁵

Si nos centramos en los NNA migrantes en situación de irregularidad, encontramos que su doble condición como niños y migrantes, se regula por dos legislaciones, una de control migratorio y otra de reconocimiento de derechos en razón de su condición de menor. En este contexto, “los niños migrantes irregulares se encuentran afectados por las leyes y políticas de control de la migración, las cuales, al no tener un enfoque compatible con sus derechos como niños, no diferencian en la mayoría de las veces si son niños o adultos y restringen el acceso a derechos sociales”,⁴⁶ aunque tal como veremos más adelante, la legislación mexicana migratoria, si es garante, pero deja algunos vacíos en el tratamiento de los menores y más aún, en la práctica institucional de la autoridad migratoria, máxime cuando la propia ley los habilita para actuar de modo diverso, al dejar opciones abiertas.

Los derechos de los NNA no acompañados en la legislación mexicana

En México la condición de los NNA migrantes está regulada por dos legislaciones que, en esencia, deberían complementarse. Por una parte, la Ley de Migración publicada en 2011,⁴⁷ base de la política migratoria, y por otra, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en 2014, que contempla el reconocimiento como sujeto de derechos a los NNA y enlista las obligaciones del Estado mexicano para con la niñez, habilitando a los menores en la exigencia de sus derechos públicos subjetivos reconocidos,⁴⁸ en cumplimiento de la Convención de Derechos del Niño.

La Ley de Migración, contempla un régimen de trato singular para los menores de edad, al identificarlos como parte de un grupo en condición de vulnerabilidad.⁴⁹ A grandes rasgos, la ley contempla una amplia gama de derechos humanos que deberá gozar cualquier persona migrante, independientemente de su situación migratoria, a saber: educación, atención médica y de urgencia para salvar la vida, actos de estado civil, además de nacimiento, reconocimiento

⁴⁴ Si bien es cierto que la Ley de Migración desde 2011 reconoció el derecho a la educación de las personas migrantes, sin condicionarlo a su situación migratoria, diversas organizaciones tanto nacionales como internacionales, denunciaron la inexistencia de reglas claras para el ejercicio de este derecho, en el sentido de que las escuelas exigían documentación como a cualquier ciudadano mexicano, por ejemplo, CURP e INE, negando el acceso al nivel básico de educación. En el caso de la educación básica existen avances importantes, sin embargo, el acceso de los menores migrantes a nivel Medio o Superior resulta aún problemático y queda al arbitrio de las autoridades directivas. (Entrevista Tapachula organización internacional filial de la ACNUR que apoya a la inserción de las personas migrante al país de acogida, que por así solicitarlo no se puede referir a ella directamente)

⁴⁵ Señala Margarita Griesbach que “el efecto útil del derecho se encuentra estrechamente vinculado con la definición de obligaciones específicas para el estado. Sólo en esta medida se logran establecer verdaderas garantías para el sujeto titular de un derecho”. (Griesbach Guízar Margarita, Bienes públicos regionales para la atención integral de la primera infancia: lineamientos comunes, garantías mínimas y protocolos regionales. México, Cepal, ONU, 2013.). La autora retoma a Luigi Ferrajoli en el concepto de garantía en términos de la existencia de vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad a los derechos subjetivos, sin el cual resulta nulo.

⁴⁶ Ortega Velázquez, Elisa. Los niños migrantes irregulares, *óp. cit.*, p. 198.

⁴⁷ Diario Oficial de la Federación, 25 de mayo de 2011.

⁴⁸ Diario Oficial de la Federación, 4 de diciembre d 2014.

⁴⁹ Ley de Migración, art. 2 segundo párrafo.

de hijos, matrimonio, divorcio y muerte, procuración e impartición de justicia, debido proceso y quejas por violación a derechos humanos, reconocimiento de su personalidad jurídica, nombramiento de traductor e interprete, seguridad personal y trato sin discriminación y respeto a los derechos humanos.⁵⁰

Evidentemente, tales derechos se amplían a los NNA, sobre todo en lo que respecta a los NNA no acompañados. De acuerdo con la ley y el procedimiento delimitado para su atención, existe la imposibilidad material de que permanezcan alojados en las estaciones migratorias una vez que sean presentados⁵¹ al Inami. Pero llama la atención que la misma ley su reglamento, habilita a su estadía en las estaciones “en casos excepcionales”,⁵² que frecuentemente en la praxis institucional, se convierte en regla, asentada bajo el principio de la separación de mayores.⁵³ De modo que en teoría, los menores deberían ser trasladados inmediatamente a las instalaciones de los albergues, siendo las autoridades encargadas de la estancia y los servicios de asistencia social, el DIF y los sistemas estatales DIF, incluidos los municipales. Lamentablemente, en la práctica dicha asistencia se da solo de manera parcial, por la carencia de infraestructura destinada a ésta población.⁵⁴

A su vez, la Ley General de los Derechos de NNA, contiene un capítulo específico para la niñez en condición de migración, sea acompañada, no acompañada, separada o repatriada, en él se parte del eje rector del interés superior del menor, adicionalmente, impone a todas las autoridades en el ámbito de su competencia, a brindar los servicios necesarios para los menores, sin importar su condición migratoria, reconoce al menor como sujeto de derechos, incluyendo el derecho a ser escuchado en los procedimientos que lo inmiscuyan, obliga al Sistema DIF a proteger y alojar al menor, al tiempo que informa a las

⁵⁰ Contemplado en la Ley de Migración en sus artículos 7, 8, 9, 11, 12, 14, 66 y 67.

⁵¹ Este término ha sido cuestionado por organizaciones de la sociedad civil y académicos, ya que supone un vocablo con menor carga negativa a la detención, aunque en la práctica podemos aseverar que son sinónimos.

⁵² La Ley de Migración en el capítulo VII contempla procedimientos para la atención de personas en situación de vulnerabilidad, en su artículo 112 describe como, procedimiento especial, la atención de niñas, niños o adolescentes migrantes no acompañados, quedando en todo momento bajo responsabilidad del Inami. De acuerdo con este procedimiento, al menor se le debe canalizar de inmediato al sistema DIF, y tal como el reglamento, habilita la posibilidad de que el menor sea alojado en la estación migratoria. Al menor no acompañado, se le debe informar el motivo de su presentación, de sus derechos dentro del procedimiento migratorio, de los servicios a que tiene acceso y se le pondrá en contacto con el consulado de su país, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado. (Ley de Migración, art. 112)

⁵³ El reglamento de la Ley de Migración, en su artículo 176 señala que “si por alguna circunstancia excepcional las niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados son alojados en una estación migratoria, deberá asignárseles un espacio distinto al del alojamiento de los adultos, procurando que su estancia sea por el menor tiempo posible.”, lo anterior abre la posibilidad de que el menor sea alojado en las instalaciones de la Estación Migratoria, aun cuando las propias recomendaciones de la Corte Interamericana han determinado de manera enfática que “la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior”, por lo que “la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana. (Opinión consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014, párrafo 154).

⁵⁴ El reglamento de la LM que “Las niñas, niños o adolescentes migrantes extranjeros no acompañados quedarán bajo la custodia del Instituto cuando sea puesto a disposición de éste, o bien, cuando en el ejercicio de sus atribuciones, el Instituto inicie el procedimiento administrativo para resolver su situación migratoria” (art. 171).

autoridades migratorias, en caso de identificar a un menor con necesidad de protecciones especiales, es decir, de reconocimiento como refugiado o asilo.⁵⁵ Cabe aclarar que pese a que la ley si contempla la figura de familia de acogida, para el alojamiento de los menores, ya que a juicio de la Comar es una opción viable para niños solicitantes de refugio, dado que evita su internación en albergues a puertas cerradas,⁵⁶ hasta la fecha, esta es una alternativa que pocas veces ha sido puesta en marcha por el Inami, que es el organismo que a fin de cuentas tiene la custodia legal de los menores migrantes no acompañados.⁵⁷

Indiscutiblemente, en términos de reconocimiento de derechos y atención prioritaria a la niñez migrante, México está a la vanguardia, su discurso legal atiende a cabalidad los instrumentos del sistema universal, y, medianamente los del sistema interamericano, sobre todo en lo relativo a la detención de menores. Por el contrario, a nivel pragmático, nuestro país ciertamente ha venido implementado algunas medidas, que se revisarán a continuación, pero es claro que se ha quedado corto ante un fenómeno que se intensificará en los próximos años.

Los NNA en el caso de la frontera sur de México: Chiapas y Tabasco

La frontera sur de México se extiende a lo largo de 1,139 km, de los cuales 962 colindan con Guatemala y 176 con Belice. En el caso de México esta frontera la configuran cuatro entidades federativas, Chiapas, Tabasco, Campeche y Quintana Roo. Chiapas colinda con Guatemala a través de 658.5 km lo que constituye el 58% de la línea fronteriza, por su parte Tabasco cuenta con 112 km de frontera con Guatemala, Campeche colinda en 166.8 km y Quintana Roo en 24.7 km de límites con Guatemala, pero además con Belice en 176 km.

La diversidad geográfica de la frontera sur, complica el proceso migratorio y a su vez, interviene en su configuración, la frontera México-Belice se encuentra

⁵⁵ Es relevante mencionar que de las entrevistas realizadas a directivos de diversos albergues del sistema estatal y municipal DIF, tanto en Tapachula como en Tenosique, fue constante la postura de reconocer esta obligación, sin embargo, manifestaban que en primera instancia se informa al menor de las implicaciones de iniciar el procedimiento, y en caso de negarse a iniciarlo omiten dar aviso a la autoridad, aunque fuese evidente el riesgo del menor en caso de retornarlo a su país de origen. Esto es así en razón del tiempo de espera de la resolución de Comar que es prácticamente la misma a cualquier procedimiento, máxime cuando el menor debía permanecer en el albergue en tanto se resuelve su situación migratoria, y posterior a ello hasta alcanzar la mayoría de edad. Es decir, no existe en la práctica la internalización del interés superior del menor y el trámite de reconocimiento excede, incluso el plazo establecido en la ley, más aún el plazo es generalizado, lo mismo aplica para niñas, niños y adolescentes que para mujeres, indígenas o para hombres.

⁵⁶ Comar reconoce la carencia de infraestructura para alojar a los menores en albergues, por lo que tienen que recurrir a los albergues de las organizaciones de la sociedad civil, que han sido claves para la atención de este grupo prioritario. (Entrevista con Fernando Alonso Becerra Pinales, Director de Protección y Retorno de Comar, jueves 4 de abril del 2019 en la ciudad de Tenosique, Tabasco.)

⁵⁷ La familia de acogida es definida como aquella que cuente con la certificación de la autoridad competente y que brinde cuidado, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva (Ley General de los Derechos de NNA, art. 4 fracción XII) Fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo por el que se determina la información adicional para la administración, operación y actualización del registro de las certificaciones otorgadas a una familia para fungir como familia de acogida, con fecha 25 de mayo de 2016, así mismo se publicaron los lineamientos para la integración del Consejo Técnico de Evaluación que resolverá respecto de la emisión para la certificación de Familias de Acogida el pasado 30 de mayo de 2016.

delimitada geográficamente por el Río Hondo y el Arroyo Azul, es decir, casi en su mayoría es fluvial, en el caso de la frontera con Guatemala, el río Suchiate y un tramo del río Usumacinta (aproximadamente 385 kilómetros entre los dos) marcan parte de la delimitación fronteriza en el Estado de Chiapas, el resto son fronteras terrestres, zonas montañosas y selvas principalmente. Los estados de Tabasco y Campeche colindan con la región selvática del Petén guatemalteco.⁵⁸

Estas características geográficas perfilan la porosidad de la frontera, que, de la mano con los usos y las costumbres locales,⁵⁹ generan que el acceso con mayor afluencia sea el Estado de Chiapas, seguido por Tabasco. El principal ingreso de personas migrantes en la frontera sur, en situación irregular -incluidos los NNA acompañados y no acompañados- es el río Suchiate. Y una vez que ingresan al país, su meta principal es acudir al municipio de Tapachula que se encuentra a unos 28 kilómetros de distancia. De acuerdo con la organización Foca A.C., existe un nuevo corredor para el paso de mujeres y familias que se encuentra en el municipio de Comitán de Domínguez, Chiapas.⁶⁰ Simultáneamente, en Tabasco el principal acceso se da hacia el municipio de Tenosique, desde la localidad fronteriza conocida como El Ceibo que limita con Guatemala.

Imagen 1. Principales rutas migratorias en la Frontera Sur de México



Fuente: Presentación Fiscalía de Inmigrantes de la Fiscalía General del Estado de Chiapas, Lic. Golberto Lau Cárdenas, en el contexto de las mesas de trabajo: Chiapas contra la trata, 5 de julio de 2019, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas.

⁵⁸ Armijo Canto, Natalia, Frontera sur de México: los retos múltiples de la diversidad. Migración y seguridad: nuevo desafío en México. México, *Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia*, 2011, p. 36.

⁵⁹ Fábregas, Andrés, Fronteras y Colonialismos: una reflexión desde la frontera México-Guatemala. *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, vol. 17, No. 1 pp. 6-23.

⁶⁰ Información obtenida en los trabajos del Conversatorio Interinstitucional Nacional "Mujeres en las migraciones: acciones para mejorar sus condiciones de ejercicio pleno de derechos" llevado a cabo el 31 de mayo de 2019 en Tuxtla Gutiérrez, Chiapas organizado por Formación y Capacitación A.C.

Según cifras del Inami, en el 2018, fueron presentados 138,612 personas migrantes, de las cuales 31,717 eran NNA y 1,202 no iban acompañados. De ésta cifra total, únicamente en el Estado de Chiapas se presentaron ante el Inami 63,109 y en el Estado de Tabasco 13,482, esto los ubica en el primer y tercer lugar de presentación, ya que el segundo sitio lo ocupa Veracruz.⁶¹ Históricamente, el Estado de Chiapas ha sido el primer lugar en cuanto a presentación de personas migrantes ante el Inami, y, también, en el caso de la Comar, el primer lugar en solicitudes de refugio, específicamente Tapachula, lo que es un indicativo de que existe un mayor flujo de ingreso hacia el Estado de Chiapas.

En cuanto al trabajo de campo, se focalizó en los estados de Chiapas y Tabasco. En Chiapas se indagó en los municipios de Tapachula, Palenque y Comitán de Domínguez, mientras que en Tabasco se hizo lo propio en Villahermosa y Tenosique. La razón para seleccionar estos espacios geográficos, es que son estados en los que encontramos el mayor flujo de ingreso de personas migrantes y por lo tanto mayores controles por parte de la autoridad migratoria. Por tanto, son estados en los que tendría que existir mayor infraestructura para la atención de las personas migrantes. Sin pasar por alto que escogimos municipios en los que se localizan estaciones migratorias administradas por el Inami⁶² y las oficinas de la Comar.⁶³

Teniendo en cuenta que nuestro interés central son los NNA migrantes, se realizaron solicitudes de acceso a los albergues dependientes del sistema estatal y municipal DIF, además se realizó una búsqueda de albergues de la sociedad civil que alojaran a menores de 18 años, acompañados o no. Aparte, se buscó el registro de albergues que debería llevar la propia Procuraduría Estatal de Defensa de los NNA.⁶⁴

En Chiapas, al interior del sistema estatal y municipal del DIF, tuvimos acceso a: el Albergue para Niñas y Adolescentes Migrantes del municipio de Tapachula, el Albergue Temporal para Menores Migrantes Viva México⁶⁵ dependiente del

⁶¹ Boletín Estadístico Inami 2018. Unidad de Política Migratoria, SEGOB.

⁶² Región Sur: Estación Migratoria de Tapachula - Garitas costeras - CAITF Huixtla - Estación Migratoria de Tuxtla Gutiérrez - Estancia Provisional B San Cristóbal de Las Casas - Estancia Provisional B Comitán - Garitas de Colón y San Gregorio Chamich. Región Sureste: Migratoria de El Ceibo (Tabasco) - Estación Migratoria de Tenosique (Tabasco) - Estación Migratoria de Palenque (Chiapas) (Personas en detención migratoria en México. Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración. Consejo Ciudadano del INM, junio 2017, p. 4-5.)

⁶³ La Comar cuenta con cuatro oficinas: Ciudad de México, Acayucan, Veracruz, Tapachula, Chiapas y Tenosique, Tabasco. Véase Gobierno de México, Comar, [en línea] <https://www.gob.mx/comar>, recuperado el 15 de junio 2019.

⁶⁴ De acuerdo con los artículos 123, 124 y 136 la Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Estado de Chiapas, la Procuraduría es la encargada de llevar la autorización, registro y supervisión de centros asistenciales, sean públicos o privados, que se encarguen del cuidado o alojamiento de menores, sin embargo, resulta inquietante, que en la lista de registro proporcionada a través del sistema de información la Procuraduría estatal únicamente cuenta con el registro de dos centros asistenciales privados, ambos en el municipio de Tapachula, Todo por ellos y Albergue Ejército de Salvación, máximo cuando es una institución sumamente comprometida con el interés superior del menor. (Oficio SEDIF/PPNNAF/DRCAS/0301/2019 de fecha 12 de marzo de 2019 suscrito por Claudia G. Castellanos Galdámez, en su carácter de Procuradora.)

⁶⁵ Oficio SEDIF/DG/0293/2019 suscrito por Ángel Carlos Torres Culebro, se autorizó el ingreso el 26 de marzo con un horario de 13:30 a 14:40, únicamente para efecto de entrevistar a personal, pero sin la posibilidad de realizar entrevistas a los adolescentes albergados, atendiendo al principio de interés superior del menor.

estado, y, en el municipio de Comitán de Domínguez, accedimos al Albergue Temporal para Niñas, Niños y Mujeres Migrantes todos con un modelo de atención a puertas cerradas. Si bien dentro de la Estación Migratoria Siglo XXI, la más grande de Latinoamérica, existe un módulo de atención a menores migrantes y es operado por personal del DIF estatal, no tuvimos acceso al mismo ya que lo controla directamente el Inami.⁶⁶

La limitante que se tuvo en el sistema estatal y municipal DIF en el Estado de Chiapas fue la imposibilidad de realizar entrevistas a los menores. Funcionarios estatales, específicamente el Director del DIF y la Procuradora, determinaron que de llevar a cabo las entrevistas, se vería afectado el interés superior de los menores, sin haber valorado las edades o madurez psíquica de los participantes, tal como establece el principio de autonomía progresiva. De modo que la laxidad e indeterminación del principio de interés superior del menor, proporciona una infinidad de interpretaciones y puede generar vulnerabilidad a los propios menores, por ejemplo, cuando se les niega la posibilidad de decidir participar en una entrevista que únicamente buscaba darle voz a su travesía migratoria.⁶⁷

Con relación a los albergues de la sociedad civil, se tuvo acceso al Albergue Jesús el Buen Pastor y al Ejército de Salvación en el municipio de Tapachula. El primero recibe sólo excepcionalmente a menores no acompañados y el segundo está destinado, tanto instalaciones como su modelo, para atender a menores canalizados a través de la Agencia de la ONU para Refugiados (Acnur), el Inami y/o la Comar.⁶⁸ En el municipio de Comitán de Domínguez, accedimos al Albergue Casa Mambré cuyo modelo es temporal puertas abiertas y recibe indistintamente familias, mujeres, hombres y NNA.

En el Estado de Tabasco, contrastó que la infraestructura de albergues, tanto públicos como de la sociedad civil es menor, acorde a la menor afluencia de migrantes por esa zona. De igual forma, se solicitó el acceso a los mismos y nos permitieron entrevistar a los menores con asistencia del personal.⁶⁹ En el

⁶⁶ Oficio R/IIJ/092/2019 suscrito por Carlos F. Natarén Nandayapa, en su carácter de rector de la UNACH, recibido con fecha 11 de marzo de 2019 en las oficinas del Inami en Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, el ingreso a la estación migratoria S. XXI en términos del artículo 107 de la Ley de Migración, así como el artículo 41 del acuerdo por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias y estancias provisionales del Inami (DOF, 8 de noviembre de 2011) y éste fue turnado a la Dirección de Control y Verificación, sin embargo, a la fecha no se ha emitido la respuesta a la solicitud planteada.

⁶⁷ Oficio DIF/DG/0594/2019 suscrito por Lic. Ángel Carlos Torres Culebro, basado en la consulta a la Procuradora Estatal de la Defensa del Menor Lic. Claudia Guadalupe Castellanos Galdámez con fundamento en el artículo 76 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes así como el 83 de la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes del Estado de Chiapas, se determinó en función del interés superior del menor, la imposibilidad de realizar entrevistas a los NNA albergados en el sistema estatal DIF.

⁶⁸ Uno de los albergues centrales en este municipio es el Albergue Belén, sin embargo, ante el exceso de migrantes que se encontraban atendiendo les fue imposible otorgarnos una entrevista.

⁶⁹ La autorización se emitió mediante oficio CG/0883/2019 suscrito por Celia Margarita Bosch Muñoz en su carácter de Coordinadora General del Sistema DIF Tabasco con fecha 25 de marzo de 2019, habilitando el acceso los días 2 al 5 de abril del 2019 al Módulo de Niñas, Niños y Adolescentes no acompañados en el municipio en Tenosique, Tabasco así como Albergue para Niñas, Niños y Adolescentes solicitantes de asilo y refugio no acompañados o separados “Colibrí” ubicado en el municipio de Villahermosa. Si bien se condicionó el trabajo con menores a la confidencialidad de datos personales y evidentemente a evitar tomar fotografías y grabaciones tanto de instalaciones, como del personal y más aún de menores, y



municipio de Tenosique, únicamente existe un módulo de atención a menores migrantes no acompañados que se encuentra dentro de la estación migratoria pero en instalaciones separadas, depende directamente del DIF estatal, no obstante es operado por personal del DIF municipal⁷⁰ cuenta con un modelo de atención a puertas cerradas, y, en el municipio de Villahermosa está el Albergue Colibrí, para adolescentes entre 12 a 17 años 11 meses, con un modelo de atención a puertas abiertas.

También resaltó que hay menos albergues operados por organizaciones de la sociedad civil. En esta categoría, es ampliamente conocido el Albergue La 72 de orientación franciscana que trabaja en el municipio de Tenosique, sin embargo, en Villahermosa son inexistentes los albergues para la atención de personas migrantes, a pesar de ser paso obligado rumbo a Veracruz. En el caso de la 72, es el único albergue de atención a migrantes en la frontera con Tabasco, su modelo de atención es a puertas abiertas y reciben a NNA sin mayores restricciones y en similares condiciones que a los adultos, existe además una Casa del Migrante en Macuspana denominado El Santuario.

Tabla 4. Albergues de atención a menores migrantes Chiapas y Tabasco a los que se tuvo acceso

Estado	Municipio	Sistema DIF estatal y municipal	Organizaciones de la sociedad civil
Chiapas	Tapachula	Viva México Albergue temporal para adolescentes migrantes. Albergue municipal para NNA	Jesús El Buen Pastor Ejército de Salvación Refugio Pan de Vida
	Comitán de Domínguez	Albergue para NNA y mujeres migrantes.	Casa Mambré
Tabasco	Villahermosa	El Colibrí	
	Tenosique	Módulo de Atención a NNA. Estación Migratoria	La 72

Fuente: Elaboración propia con información de trabajo de campo en los estados de Chiapas y Tabasco.

Modelo de atención de menores

El alojamiento de los menores migrantes, se puede llevar a cabo por instituciones públicas o privadas reguladas por la Procuraduría Federal de la defensa de los NNA y sus homólogas estatales.⁷¹ En este escenario, existen dos modelos de atención⁷² plenamente reconocidos, a puertas abiertas y a puertas cerradas.

⁷⁰ al acompañamiento continuo del personal para el trabajo con las niñas, niños y adolescentes.

⁷¹ Este módulo es operado por el DIF municipal de Tenosique a través de un convenio con el DIF estatal, mediante el cual el primero se comprometió a destinar personal especializado para la atención de los menores (trabajadora social, psicólogo y personal de intendencia) y reparaciones menores para la operación del mismo, así como suministro de agua potable, y el Estado a proporcionar los demás requerimientos para el funcionamiento del mismo y la atención a los menores. (Convenio de colaboración para la operación del módulo de atención a menores migrantes no acompañados del municipio de Tenosique, que celebran el Sistema Estatal DIF Tabasco y el sistema Municipal DIF Tenosique, con fecha 15 de junio de 2016)

⁷² Ley General de los Derechos de los NNA arts. 112 y 113 y la Ley de defensa de los NNA del Estado de Chiapas, arts.

124 y 125.

⁷³ Modelo de atención es el “conjunto de acciones lógicamente estructuradas y organizadas por instituciones del sector público, social o privado, para brindar servicios en función de las necesidades y características de la población en situación

Todos los albergues estatales y municipales, reciben únicamente a menores canalizados por el Inami o la Comar y excepcionalmente derivados de los consulados o en algunos casos, que han sido canalizados por la Fiscalía Especializada de Atención al Migrante, esto en atención al mismo protocolo de actuación.⁷³

Por principio de cuentas, el modelo a puertas cerradas, es el más difundido en el sistema estatal y municipal, implica que los menores alojados no pueden salir de sus instalaciones, a menos que sea por atención médica o situaciones de urgencia, y siempre bajo el cuidado y compañía de personal del mismo albergue o de la autoridad que los canalizó, además todas sus actividades formativas, recreativas, deportivas se llevan a cabo dentro de las instalaciones del albergue.

En segunda instancia, el modelo a puertas abiertas, implica que los menores pueden desarrollar una vida "normal" en términos de asistencia a la escuela, actividades extra-escolares, actividades deportivas y recreativas fuera de las instalaciones del albergue, sin mayores restricciones que el horario nocturno, desde luego, con el seguimiento correspondiente por parte del personal del albergue, pero sin mayores intervenciones, más allá del registro o acompañamiento, en caso de que lo solicite el menor.

Si retomamos la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-21/14), seguramente el modelo a puertas cerradas sería cuestionado teniendo en cuenta la privación de la libertad de los menores migrantes, ya que la propia recomendación señala "que cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre la niña o el niño, esto es, debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad."⁷⁴ La justificación para sostener este modelo, a pesar de identificarlo como perjudicial para los menores, es principalmente la seguridad e integridad física del NNA y la escasez de recursos, materiales y humanos, para implementar un modelo a puertas abiertas.⁷⁵

De acuerdo con la LM, después de que el Inami identifica a los menores migrantes, debe remitirlos para su adecuada atención al Sistema DIF,⁷⁶ una vez que fueron registrados y entrevistados. En todo momento, el DIF es responsable de otorgarles asistencia médica, alimentación, hospedaje y recreación. Cuando se ubican menores solicitantes de refugio, si son acompañados, pueden esperar la resolución administrativa con sus familiares, pero si son no acompañados, y deciden iniciar la solicitud, son remitidos a un albergue, sea público o privado. Ahí permanecen no solamente hasta que se emita la resolución, sino hasta que sean

de riesgo y vulnerabilidad de acuerdo con los fines y alcances de los Establecimientos o Espacios asistenciales" (NOM-032-SSA3-2010, *op. cit.*).

⁷³ Protocolo de atención a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados o separados que se encuentren albergados. México, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia-OIM, 2015.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva 21/14, 19 de agosto de 2014, párrafo 180.

⁷⁵ Entrevista realizada a la Mtra. Glaydi Gutiérrez Ríos, directora del Albergue Viva México en Tapachula con fecha martes 26 de marzo de 2019 y a Elda Sarai Alamina May encargada del módulo de atención para menores migrantes no acompañados del municipio de Tenosique con fecha martes 2 de abril de 2019.

⁷⁶ Véase Ley de Migración, arts. 29 y 112.

mayores de edad. Con esto, en caso de ser reconocidos como refugiados, ni el DIF ni algún otro centro de asistencia, les permitirá salir del albergue hasta que cumplan 18 años. En términos generales, el trámite, tiempo de espera y resolución es el mismo para menores que para adultos, a decir de las operadoras de albergues entrevistadas, el tiempo de resolución es aproximadamente de seis a ocho meses.⁷⁷ Esta situación, repercute negativamente en el desarrollo psíquico del menor, ya que el modelo de atención por parte de instituciones públicas, regularmente es a puertas cerradas, excepto en el Albergue del Colibrí.

Tras realizar las entrevistas correspondientes a directores de albergues y psicólogos que dan contención a menores alojados en instalaciones tanto públicas como privadas, se constató que el modelo que garantiza el desarrollo integral del menor, es el de puertas abiertas, toda vez que permite su inserción en la sociedad de acogida, posibilita la convivencia con menores de su misma edad en contextos diferentes al entorno del albergue. Aunque tiene sus inconvenientes, los testimonios coinciden en que un modelo de esta naturaleza requiere de un mayor presupuesto y personal. Hubo concordancia entre las opiniones, que se conjugaron al señalar que para estancias cortas el modelo a puertas cerradas no tiene mayores complicaciones en el tratamiento con los menores, sin embargo, para estancias largas, por ejemplo, solicitantes de refugio, el modelo ideal para su desarrollo integral es el de puertas abiertas.⁷⁸

Hasta ahora, el único albergue público que atiende a los menores con base en este modelo abierto es El Colibrí, del municipio de Villahermosa, Tabasco. Como tal, este albergue es ejemplo de buenas prácticas institucionales en materia de atención a menores migrantes. Reciben menores de entre doce a diecisiete años y once meses, a los cuales, otorgan todos los servicios. Aquellos que tienen estancias largas por encontrarse en reconocimiento de asilo, acuden a escuelas públicas y realizan actividades deportivas vespertinas, además, se les instruye en oficios acordes con sus habilidades, tienen sesiones con psicólogos, revisiones médicas continuas, entre otras. Este tiene el apoyo de la ACNUR y está a cargo del Sistema Estatal del DIF Tabasco.⁷⁹

Existen otros albergues con este modelo,⁸⁰ pero son administrados por organizaciones de la sociedad civil, con apoyos puntuales de la ACNUR y RET Internacional, principalmente para garantizar la inserción de los menores en la sociedad de acogida. Sin embargo, quienes tienen la responsabilidad directa de

⁷⁷ Entrevistas realizadas a directores y operadoras de albergues, públicos y privados, en Tapachula, Comitán de Domínguez, Tenosique y Villahermosa.

⁷⁸ De acuerdo con las encargadas de los albergues entrevistadas, de los menores en albergues a puertas cerradas, con estancias largas, los problemas que presentan son, entre otros, ansiedad, depresión, estrés, aburrimiento, y, por ende, en algunas ocasiones conductas violentas. (Entrevista realizada a Mtra. Glaydi Gutiérrez Ríos, directora del Albergue Viva México en Tapachula con fecha martes 26 de marzo de 2019 y a Elda Sarai Alamina May encargada del módulo de atención para menores migrantes no acompañados del municipio de Tenosique con fecha martes 2 de abril de 2019)

⁷⁹ Entrevista con Lic. Abraham Cárdenas Vadillo encargado de albergue El Colibrí, viernes 5 de abril de 2019.

⁸⁰ Algunos son Aldeas SOS Comitán, Casa Alianza Ciudad de México, Ejército de Salvación en Tapachula, Casa del Migrante *Scalabrini* A.C, Albergue Belén en Tapachula y en general las casas de migrante de la Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes.

garantizar el desarrollo integral del menor en función de su interés superior, sin distinción de nacionalidad, son el Sistema DIF y el Inami, que cuenta con la custodia legal de los menores no acompañados.

Chiapas, y la atención a NNA

Según el Sistema Estatal DIF, hay dos centros asistenciales operados por la sociedad civil y cinco del sistema DIF, uno dependiente del Estado y cuatro de índole municipal para la atención de menores migrantes registrados en términos de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños del Estado de Chiapas.⁸¹ Sin embargo, de acuerdo con el directorio de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), existen diecisiete albergues que atienden a población migrante menor de 18 años, de los cuales cinco son especializados en menores.⁸²

Este es un reto importante para el sistema estatal DIF, específicamente para la Procuraduría, ya que al contar con un registro tan limitado, deja en mayor nivel de vulnerabilidad a los menores, sobre todo, teniendo en cuenta que la ley le impone la obligación de registrar y verificar los albergues en atención al interés superior del menor, por lo que en términos normativos y de responsabilidad se presenta una discrepancia en la implementación de la propia ley que busca defender los derechos de los NNA, concretamente de los menores migrantes.

A su vez, el sistema estatal DIF Chiapas, que trabaja de la mano con los sistemas municipales, cuenta con diversos albergues para la atención especializada de mujeres, niñas, niños y adolescentes no acompañados, incluso para familias solicitantes de refugio. Todos los albergues que administran son a puertas cerradas y reciben personas migrantes únicamente mediante canalización del Inami, y en algunos casos de la Comar y la Fiscalía Especializada de atención a migrantes. La razón es que, canalizados por vías institucionales, son estas instancias las que se hacen responsables de la situación jurídica y condición migratoria del menor, en tanto el albergue únicamente se encarga de alojamiento y alimento.

⁸¹ Oficio no. SEDIF/PPNNAF/DRCAS/0301/2019 de fecha 12 de marzo de 2019 suscrito por Claudia G. Castellanos Galdámez en su carácter de Procuradora de la protección de NNA y la Familia.

⁸² Directorio de casas y albergues para personas migrantes. Organización Internacional de las Migraciones (OIM), 1ª ed., 2018, pp. 31-47.

Tabla 5. Albergues estatal y municipales que atienden población migrante (visitados)

Albergue	Administración	Ubicación	Objetivo	Capacidad y canalización
Albergue temporal para Menores Migrantes Viva México	Estatal	Tapachula	Adolescentes Edad 12-17 años 11 meses	Capacidad máxima: 80 adolescentes Trabaja máximo con 40 Canalización: Inami y excepcionalmente consulados
Albergue municipal para niñas y adolescentes migrantes no acompañadas y separadas.	Municipal	Tapachula	0 a 17 años.	Capacidad: 25 niñas Canalización: Inami
Albergue temporal para niños, niñas y mujeres migrantes	Municipal	Comitán de Domínguez	Niñas y niños de 0 a 12 años.	Capacidad: 15 Canalización: Inami, Fiscalía Especializada.
Albergues municipales que atienden población migrante (se contempla su visita en segundo ciclo de trabajo de campo)				
Albergue municipal Casa del Migrante	Municipal	Palenque	Niñas, niños 0- 12 años	Fue solicitado el acceso por escrito, sin embargo, no tuvimos respuesta favorable.
Albergue temporal para la atención de familias solicitantes de la condición de refugiado y adolescentes en proceso de reconocimiento de refugio.	Municipal	Arriaga	Niñas, niños de 1 a 12 años	-
Albergue para migrantes hombres no acompañados	Municipal	Frontera Comalapa	Adolescentes 12-17 años 11 meses	-

Fuente. Elaboración propia con información de trabajo de campo, así como información de respuesta a solicitud de información CEDIC/PPNNAF/DRCAS/0301/2019 de fecha 12 de marzo de 2019 suscrita por Claudia G. Castellanos Galdámez Procuradora de protección de los derechos del Niñas, Niños y Adolescentes.

Del conjunto de testimonios de responsables de albergues, resaltaron diversas situaciones acerca de los menores. Se mencionó que año con año llega cada vez más cantidad de menores al país, si bien en su mayoría son adolescentes, ha crecido significativamente la atención a menores de entre 0 y 12 años de edad. Los que no vienen acompañados, en mayor medida, suelen viajar para reunirse con padres o madres que están en los Estados Unidos de Norteamérica y son enviados con coyotes o polleros⁸³. En menor grado, hay menores que viajan

⁸³ Término con el que se identifica a las personas contratadas por la familia del menor para su traslado a los EUA, principal

solos para buscar mejorar sus condiciones vitales y su principal preocupación es mandar dinero a sus países de origen para apoyar la economía familiar. A nivel general, son menores que al margen de su edad biológica, han vivido situaciones de violencia de todo tipo, carencias y vejaciones de diversa índole. De tal suerte que en la atención dichos menores, se debe considerar que no tratan con un sujeto cuya mentalidad corresponde puntualmente con su edad biológica, sino que tienen otras características y por tanto, necesidades diferentes.

Una constante en el relato de los operadores de los albergues públicos entrevistados, es que tras identificar a menores en situación de riesgo, se les informa del derecho que les asiste para iniciar el trámite de asilo o refugio y, por consecuente, se les pregunta si desean iniciar el trámite. A decir de los informantes, siempre se les indica el procedimiento, los tiempos y posibles escenarios de su estancia. Si los menores deciden no llevar a cabo el trámite, omiten el aviso a la Comar, pero es una dinámica que no está prevista en el procedimiento delineado por la Ley de Migración y la Ley de defensa de NNA ni en los protocolos de atención a menores migrantes.⁸⁴ Es decir, que la LM si determina que se debe dar aviso inmediato a la autoridad, aunque se podría argumentar que el menor, como sujeto de derechos, tiene la posibilidad de participar en esta decisión trascendental para su vida.⁸⁵

A juicio de los entrevistados, los problemas más recurrentes en los NNA que han atendido, son sólo por mencionar algunos: el bajo nivel escolar, la presencia de niños y niñas violentados por sus familiares o perseguidos para reclutamiento por las bandas de delincuentes como son las maras, o bien, que ya formaban parte de las mismas y huyeron, así como la falta de respeto de reglas, conductas agresivas. Una situación que se agudiza, tratándose de albergues con modelo de atención a puertas cerradas con periodos de estancias largos.

Tabasco, y la atención a NNA

En el caso de Tabasco, la infraestructura para la atención de menores es mucho menor. Aunque cuenta con el Albergue El Colibrí que tiene un modelo notable en el municipio de Villahermosa, es prácticamente el único albergue estatal para la atención a menores migrantes solicitantes de refugio. Se cuenta con un destino, con objeto de reunirlos con su padre o madre.

⁸⁴ Protocolo de atención a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, *óp. cit.*, p. 12.

⁸⁵ De acuerdo con la observación general no. 6 en relación con la número 14, así como la opinión consultiva 21/14 de la CoIDH, una vez identificado a un menor no acompañado, en la entrevista inicial los funcionarios están obligados a identificar a los menores que requieran protección complementaria o refugio, estos deben informarle a las autoridades competentes para el inicio del trámite, sin embargo, en los albergues operados por el sistema estatal y municipal, si bien los funcionarios son conscientes de esta obligación, informan en primera instancia al menor a efecto de que éste decida solicitar la intervención de la Comar, le explican los plazos y las implicaciones al iniciar el trámite, al que, de acuerdo con el dicho de las entrevistadas, la mayoría de los menores no accede por el tiempo de substanciación del trámite y debido a que estarían bajo la custodia y resguardo hasta alcanzar la mayoría de edad. Aunque es cuestionable la falta de aviso a la autoridad competente, también lo es que en términos de debido proceso e intervención del menor en función de su desarrollo psíquico, resultan elementos trascendentales para que sea el mismo quien participe directamente en la decisión de iniciar o no el procedimiento de reconocimiento como refugiado.

módulo de atención a menores no acompañados en el municipio de Tenosique, pero depende del Inami, incluso está ubicado dentro de la estación migratoria, sólo que en instalaciones separadas y es operado por personal especializado del Sistema DIF Municipal.

El módulo en cuestión es un albergue temporal, en tanto se define la situación migratoria del menor. De acuerdo a las entrevistas, han tenido menores que permanecieron por poco más de cuarenta días, con todo y que las instalaciones son pequeñas y no cuentan con área de recreación al aire libre para los menores. Se han dado casos de niños que son candidatos a refugio, pero antes de dar aviso a la Comar, informan a los menores sobre el procedimiento y duración del trámite, así como su futura situación de guarda y custodia, y en varias ocasiones, los menores decidieron no iniciar con el proceso, motivo por el cual se omitió dar aviso a la Comar, pero también se dieron ocasiones en las cuales, los menores, debido a los riesgos que enfrentaban, aceptaron dar inicio al procedimiento de refugio.

Otro aspecto que refieren los operadores del módulo, es que han identificado que la mayoría de los menores que viajan solos, lo hacen principalmente para conseguir la reunificación familiar, están acompañados de lo que se conoce como coyote,⁸⁶ y van de tránsito hacia EEUU donde ya se encuentra la madre o el padre. Han ubicado además, niños y niñas víctimas de trata y explotación laboral, aunque los menores no la reconocen como tal. En el módulo se asiste a los menores en lo que toca a la vestimenta, alimentación, asistencia médica, actividades recreativas, psicología y reciben menores de 0 a 18 años.⁸⁷

Además del Sistema Estatal, en Tabasco de acuerdo con el directorio de la OIM, existen únicamente dos albergues de la sociedad civil, Hogar y refugio para personas migrantes La 72 y Casa de Atención al Migrante El Santuario. El primero en Tenosique y el segundo en Macuspana.⁸⁸

Los NNA que se van ¿por qué se van?

Hay múltiples causas por las que migran los NNA, pero generalmente si viajan sin compañía lo hacen para alcanzar la reunificación familiar con uno o los dos progenitores, quienes previamente hicieron el viaje hacia EEUU, se da sobre todo en los menores de 12 años. Si nos centramos en los adolescentes, uno de los motivos primordiales es huir de las maras, ya sea porque formaban parte

⁸⁶ Es una persona contratada por la familia del menor que viaja con él o ella hasta su destino final que normalmente es EUA, de acuerdo con las encargadas del módulo, los NNA son aleccionados para evitar señalar a la persona con la que viajan una vez que son identificados por Inami, ya que el acompañamiento del Coyote se puede dar hasta en dos o tres intentos para llegar al destino final, pero sin ser identificados.

⁸⁷ De acuerdo con Elda Sarai Alamina May encargada del albergue, los menores ingresan en condición de estrés, ansiedad, miedo. Algunos sufrieron abandono, abuso sexual, asalto, trata, explotación sexual, aunque en ocasiones no identifican su condición. Señaló además que el modelo es a puertas cerradas por la propia seguridad de los menores y la responsabilidad de la autoridad en la custodia del menor. (Entrevista realizada el martes 2 de abril de 2019 en las instalaciones del albergue dentro de la estación migratoria de Tenosique).

⁸⁸ Directorio de casas y albergues para personas migrantes. *óp cit*, pp. 106-107.

de ellas y tuvieron problemas con sus integrantes o porque huyeron del reclutamiento forzado, además de buscar mejores condiciones de vida, en el caso de integrantes de la comunidad LGBTTTTI en razón de la discriminación de que son objeto en sus países.

Durante el trabajo de campo que se llevó a cabo con los menores del módulo de Tenosique, se observó que cuatro de los cinco niños alojados en el transcurso de la visita realizada, estaban viajando hacia EEUU para reunirse con su familia. Uno iba viajando con su mamá, pero se accidentaron y fueron separados, otros tres viajaban solos, entre ellos una niña de casi doce años, un niño de cuatro años y un adolescente de dieciséis años. Solamente un menor viajaba sin compañía, obligado por la pobreza, salió a buscar mejores condiciones vitales.

Con relación al trabajo de campo que tuvo verificativo en El Colibrí, al momento de la visita se encontraban albergados seis adolescentes, tres hombres, dos mujeres y un integrante de la comunidad LGBTTTTI que huyó por violencia y discriminación en razón de sus preferencias sexuales. Del resto, tres viajaron por reunificación familiar hacia EEUU, uno iba acompañado de su familia, pero en el trayecto sufrieron un accidente y en ese momento estaba en proceso de retorno asistido, otra adolescente estaba acompañada de su novio, ella tenía un embarazo de dos meses y accedió al proceso de retorno asistido.

Tal como refiere el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los NNA son impulsados a migrar por diversas razones: buscan mejorar sus condiciones de vida, reunirse con sus familias, contar con protección internacional frente a contextos en los que son víctimas de persecución, violencia y explotación, así como hacer frente a los desastres naturales.⁸⁹

Lorenzen Martiny precisa que las causas típicas generadoras de la migración de NNA, sean acompañados o no, son los mercados de trabajo, los aspectos económicos y sociodemográficos en los países de origen y destino, la violencia en los lugares de origen, los cambios de políticas migratorias, los antecedentes migratorios familiares, la reunificación familiar, las redes migratorias y la cultura de la migración.⁹⁰

Además, el autor explica que en últimas fechas, se intensificó la emigración de menores debido al endurecimiento de la política migratoria de EEUU, que dejó a los migrantes ya establecidos, sin la posibilidad de salir del país a visitar a sus familiares, ocasionando que “mandaran traer” a sus parientes, especialmente a los menores de edad. Para llevar cabo la tarea, las familias contratan los servicios de coyotes, sin importar los altos costos, los riesgos o las dificultades del viaje,⁹¹ cabe señalar que escenario coincide fielmente con los testimonios recabados en el módulo de Tenosique, donde en mayor grado reciben a menores

⁸⁹ Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA-CIDH, 2013, p. 98.

⁹⁰ Lorenzen, Martiny, Matthew James, Migración de niñas, niños y adolescentes: antecedentes y análisis de información de la red de módulos y albergues de los Sistemas DIF 2007-2016. México, 2016, p. 49.

⁹¹ *Ibid.*, p. 54

en tránsito hacia EEUU con objeto de reunificarse con su padre o madre, cuya proporción como hemos venido dando cuenta, va creciendo en número y frecuencia año tras año.

Retomando el estudio de Lorenzen Martiny, se registró un cambio en las causas tradicionales para la emigración de los NNA centroamericanos, que entre el 2012 y el 2014 decidieron abandonar sus países de origen, en primer lugar, a causa de la violencia que prevalece en los países pertenecientes al Triángulo Norte de Centroamericana, particularmente la que producen las maras, entre las que destacan por su notoriedad: la Mara Salvatrucha 13 y el Barrio 18. La segunda causa que se reporta en la indagación, está vinculada con la *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act* (TVPRA) del 2008, que establece que todo niño no acompañado proveniente de países no limítrofes, que sea aprehendido por las autoridades migratorias estadounidenses, no podrá ser devuelto y debe comparecer ante el juez, en un procedimiento que suele durar un año y mientras tanto, viven con sus familiares en EEUU. Y finalmente, la tercera causa, se relaciona estrechamente con la anterior, debido a la difusión de la noticia que en EEUU estaban dando permisos de residencia a NNA, a través del TVPRA.⁹²

En cifras de la Comar, las causas más frecuentes para la huida de menores migrantes, registradas en los trámites de solicitud de refugio de NNA no acompañados, del 2013 al 2018, fueron, en primera instancia la violencia generalizada, seguida de motivos no especificados, así como conflictos internos y delincuencia común.

Tabla 6. Motivo de huida declarado por NNA no acompañados ante la Comar en las solicitudes de la condición de refugiado

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Total, por año	60	72	132	231	648	268	Total
Violencia generalizada	12	17	67	200	213	14	523
No especificado	39	40	19	1	175	196	470
Motivo personal	1	2	21	6	69	5	104
Conflicto interno	-	-	2	-	97	4	103
Violencia intrafamiliar	5	11	15	11	17	4	63
Delincuencia común	-	1	6	9	46	1	63
Violación masiva a derechos humanos	-	-	-	-	13	35	48
Grupo social opositor	-	-	1	-	2	8	11
Grupo social LGTTBI	3	-	-	3	4	-	10

⁹² *Ibid.*, p. 58.

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Total, por año	60	72	132	231	648	268	
Grupo social opinión política	-	-	-	1	9		10
Discriminación no especificada	-	1	6	-	-	-	7
Discriminación por creencia religiosa	-	-	-	-	3		3
Motivos ambientales	-	-	-	-	-	1	1

Fuente: Elaboración propia con información del Boletín Estadístico de Solicitudes de Refugio en México, Comar, 2013-2018 de la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación.

Sin lugar a dudas, es alarmante la enorme vulnerabilidad de los menores de edad que viajan solos, por la razón que sea, y es igualmente preocupante, el cambio de rostro de la migración, que pasó de ser concebida como un fenómeno prácticamente masculino por completo, a ser identificada actualmente, como un fenómeno femenino, con presencia de menores y de familias completas, en los últimos meses. A todas luces, la atención de estos grupos migratorios en situación de vulnerabilidad, requiere una mirada humanitaria por parte del Estado mexicano, que es necesario que implemente políticas públicas con visión de derechos humanos y género, en las que se anteponga la situación de las personas como seres humanos, por encima de la condición migratoria, principalmente tratándose de NNA, y más aún, si viajan sin compañía.

Desde luego, el reto es enorme. Más todavía si ponemos sobre la mesa de discusión, el discurso amenazante de los EEUU, que hace algunas semanas, incluso tuvo efectos nocivos en la economía mexicana, ya que se anunciaron una serie de aranceles a diversos productos de exportación, si no se reforzaban las medidas para disminuir el flujo de migrantes por el territorio nacional, es decir, que en este contexto, la moneda de cambio fue la contención de las personas migrantes, a un costo todavía incalculable por la proximidad de los acontecimientos. En todo caso, el muro de Trump, actualmente es el territorio mexicano,⁹³ debido al despliegue de una cantidad extraordinaria de elementos de la Guardia Nacional al cuidado de las fronteras, que lo único que hace es generar mayores riesgos para las personas migrantes y más para los NNA.

No perdamos de vista que las rutas de ingreso, de tránsito y las estrategias de las personas migrantes simplemente se adecuan al nuevo contexto, pero la migración y la persistencia del sueño americano no se detienen. Recordemos que el Plan Frontera Sur implementado por Enrique Peña Nieto tuvo el mismo efecto,

⁹³ Mars Amanda, Marcial Pérez Davil. Trump llega a un acuerdo migratorio con México y retira la amenaza de aranceles, 8 de junio de 2019, Diario El País, recuperado en https://elpais.com/internacional/2019/06/08/estados_unidos/1559954214_505851.html, el 16 de junio de 2019. <https://www.jornada.com.mx/ultimas/sociedad/2019/07/23/para-evitar-aranceles-mexico-se-somete-a-imposiciones-de-eu-iglesia-684.html?fbclid=IwAR3Hf8Y-xTmYrUhb04dl-Fmy3PFZ6a5GnvTfqE3KKGZMYSP1kHBmmcfvEXY>, el 24 de julio de 2019.

puso en mayores riesgos a los migrantes, pero esto no los detuvo, como tampoco los ha detenido el discurso amenazante del Presidente de EEUU Donald Trump.

Conclusiones

A manera de conclusión podemos señalar, que si bien es cierto México ha venido adoptando un discurso de protección y defensa de los NNA migrantes con visión de derechos humanos, y que ha emprendido algunas acciones afirmativas para su atención, dichas iniciativas han sido insuficientes y resultan ineficaces ante el aumento de NNA migrantes. Retomando las palabras de Margarita Griesbach, los derechos sin garantías resultan ineficaces. En el caso de los niños, es imprescindible pasar del discurso asistencialista a la promoción efectiva y al respeto a los derechos humanos de los NNA, vistos como sujetos portadores de derechos, que son exigibles a través de los cauces legales.

Afortunadamente, el hecho de reconocer como sujetos de derechos a los niños, niñas y adolescentes, con capacidad para opinar sobre aquellos aspectos relevantes de su vida, en términos de la autonomía progresiva, están modificando definitivamente la concepción del infante. Dejando en evidencia que la infancia, como concepto, es una construcción social y cultural. En este contexto, a los NNA, con el paso del tiempo, se le han reconocido una serie de derechos que le ha dado mayor participación en las decisiones que afectan su vida privada y colectiva.

Dicha construcción del menor como sujeto de derechos, ha sido impulsada tomando como referencia su autonomía progresiva, por su parte la Suprema Corte de Justicia adoptó esta perspectiva en sus resoluciones y es reconocida como tal, en la propia Ley General de los Derechos de los NNA. Por lo tanto, los menores tienen derecho de participar, ser oídos y defenderse sin que para ello requieran la representación o tutela legal de un mayor, aunque evidentemente requerirán de asistencia legal, de manera que tiene derecho de participar directamente en todo procedimiento, jurisdiccional o administrativo, que afecte o pueda afectar su vida.

En el caso de los NNA migrantes, si bien la Ley de Migración y la Ley General de los Derechos de los NNA reconocen una diversidad de derechos, y de procedimientos especiales para su atención, estos aún presentan retos en su implementación, atendiendo al interés superior del menor como derecho sustantivo, principio jurídico y norma de procedimiento.

Reconocer a los menores como parte de un grupo vulnerable, significa asumir que su atención es prioritaria y debe darse a través de mecanismos especiales, rápidos y eficaces, anteponiendo su condición de niñez a la de migrante, máxime cuando hablamos de la visión de derechos humanos. El aumento de migrantes menores, y especialmente de menores no acompañados, requiere

de medidas óptimas, pero además adecuadas. De acuerdo con los pronósticos de las autoridades y los organismos de la sociedad civil, la migración de menores no reducirá, por el contrario, aumentará en los años próximos.⁹⁴ Esto implica revisar, con visión de derechos humanos y desde la transversalidad del interés superior del menor, los protocolos de atención a menores migrantes y los procesos legales especializados como en el caso de la solicitud de refugio y principalmente, la implementación de estos instrumentos.

En términos de procedimientos especiales, la Comar debe ajustar sus trámites y la propia Ley de Migración, tiene la obligación de atender el interés superior del menor y resolver con mayor premura los casos relativos a menores, especialmente cuando son menores no acompañados y de su estatus migratorio depende que sean trasladados a un albergue con mejores condiciones de estancia que los del sistema estatal.

Por su parte, los Sistemas del DIF, tanto nacional, como estatal y municipal, están obligados a implementar modelos de atención que generen menos impactos negativos en los NNA. Aquí dejamos en evidencia, que el modelo de puertas abiertas mostró su eficacia, sobre todo en menores que están en proceso de reconocimiento de condición de refugiados, son víctimas de delitos o están en condición de estancia larga. Evidentemente, en lo que toca a las estancias cortas, ante la solicitud de retorno de los menores, el modelo abierto resulta innecesario.

Actualmente, la mayoría de los albergues del Sistema estatal DIF y municipal, tiene un modelo a puertas cerradas, a excepción de El Colibrí. Es impostergable la revisión de dicho modelo, especialmente tratándose de solicitantes de asilo y de refugio, cuyo trámite y posterior estancia serán determinantes para su integración a la sociedad mexicana, ya que su salida, no depende de la resolución de la Comar sino de la obtención de la mayoría de edad.

De igual manera, es extremadamente importante que se examinen las características de los sujetos de la atención en los albergues, dado el aumento en términos relativos de menores niñas y adolescentes, aunque en números absolutos siguen encabezando las cifras los varones, es necesario que se analice su situación en particular, teniendo en cuenta que su presencia va en aumento y requieren atenciones diferenciadas, además de espacios acordes ya que la mayoría de las instalaciones se diseñaron y se destinan para el uso de los varones, dejando fuera a mujeres e integrantes de la comunidad LGBTTTI.

Asimismo, cabe considerar que los modelos de atención de menores a puertas abiertas en su mayoría son asumidos por organizaciones de la sociedad civil, que con apoyo de la ACNUR, otorgan más posibilidades a los menores

⁹⁴ Redacción. Miles de niños migrantes no acompañados en las manos de México, *Chicago Tribune*, 22 de julio de 2019, recuperado en https://www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-miles-de-ninos-no-acompanados-en-mexico-20190722-n27q-23trihdd7hqbsxcyqspmqg-story.html?fbclid=IwAR3dr20h9_FPsEDSni9k9t-FbdX54JmPRwIPJjx8V Rz b7scb2da0TTLpLZRw, consultado el 23 de julio de 2019.

de desarrollar una vida “normal”, con mayor libertad para su integración a la sociedad de acogida, sin embargo, la obligación central recae sobre el Estado, ya que son las Procuradurías las que deben cumplir con la obligación de mantener un registro actualizado de los albergues de atención a menores, y velar por que sus condiciones de alojamiento y estancia sean acordes a su interés superior.

En este mismo sentido, es preciso contar con mayor infraestructura para albergar a los NNA, y en cumplimiento de la Ley General de los derechos de los NNA, albergarlos junto con sus familias en condiciones dignas y seguras. Actualmente, en el caso de Chiapas, está en proceso el establecimiento de un albergue para familias que atraviesan por el procedimiento de refugio, en el municipio de Arriaga, que adoptará el modelo puertas cerradas y recibirá una cantidad muy limitada de familias.

Está claro que las familias de acogida, contempladas en la Ley General de los derechos de NNA, son una excelente opción para evitar alojar a los menores en albergues, principalmente en lo que toca a los menores de doce años, por lo que deben considerarse seriamente por parte del Inami, atendiendo el principio del interés superior del menor.

Finalmente, cabe cuestionar la eficacia y firmeza de la postura reciente del gobierno federal mexicano, que asumió la Secretaría de Relaciones Exteriores, con relación a las personas migrantes y la política de contención que está llevando a cabo, ante un fenómeno complejo que requiere soluciones estructurales en los países de origen de los migrantes. A nuestro juicio, la contención de la migración como moneda de cambio, ante las amenazas económicas lanzadas por el presidente de EEUU, deja ver con toda certeza, que las autoridades mexicanas, únicamente a nivel discursivo muestran preocupación por atender a las personas migrantes con una visión de derechos humanos, pero la realidad despliega un horizonte completamente distinto.

Bibliografía

- ARMILLO Canto, Natalia. Frontera sur de México: los retos múltiples de la diversidad. Migración y seguridad: nuevo desafío en México, *Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia*, 2011.
- Boletín Estadístico de Solicitudes de Refugio en México, Comar, 2013-2018 de la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación.
- Boletín Estadístico Inami 2013-2018. Unidad de Política Migratoria, SEGOB.
- CASTILLO Daudí, Miyera. Derecho internacional de los Derechos Humanos. Tirant To Blanch, 2006.
- Convención de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989 (<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>), 15 de enero 2019.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989 (<https://>

- www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx), 15 de enero 2019. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 79, [En línea] <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>, recuperado el 15 de julio 2019.
- Conversatorio Interinstitucional Nacional "Mujeres en las migraciones: acciones para mejorar sus condiciones de ejercicio pleno de derechos" llevado a cabo el 31 de mayo de 2019 en Tuxtla Gutiérrez, Chiapas organizado por Formación y Capacitación A.C.
- Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA-CIDH, 2013.
- Derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidades de protección internacional. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva 21/14, 19 de agosto de 2014.
- Directorio de casas y albergues para personas migrantes. Organización Internacional de las Migraciones (OIM), 1ª ed, 2018, pp. 31-47.
- FÁBREGAS, Andrés. Fronteras y Colonialismos: una reflexión desde la frontera México-Guatemala. *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, vol. 17, No. 1 pp. 6-23.
- Global compact for safe, orderly and regular migration*, 13 Julio de 2018. (Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular). (https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf), 15 de junio de 2019.
- Global Migration Indicators. International Organization for Migration (IOM)*, 2018.
- GRIESBACH, Guízar Margarita. Bienes públicos regionales para la atención integral de la primera infancia: lineamientos comunes, garantías mínimas y protocolos regionales. México, Cepal, ONU, 2013.
- GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. México, Porrúa, 2002.
- Informe anual México 2017. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- LEXARTZA Artza, Larraitz, CAICEDO, Cabañas Ana, et al. Mujeres centroamericanas en las migraciones. Una mirada alternativa frente a un discurso homogenizante sobre las migraciones. Costa Rica, PSC-Cefemina, 2012.
- LORENZEN Martiny, Matthew James. Migración de niñas, niños y adolescentes: antecedentes y análisis de información de la red de módulos y albergues de los Sistemas DIF 2007-2016. México: 2016.
- MARS Amanda, Marcial Pérez Davil. Trump llega a un acuerdo migratorio con México y retira la amenaza de aranceles, 8 de junio de 2019, Diario El País, recuperado en https://elpais.com/internacional/2019/06/08/estados_unidos/1559954214_505851.html, el 16 de junio de 2019.
- MIELES, María Dilia. ACOSTA, Alejandro. Calidad de vida y derechos de la infancia: un desafío presente. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2012, No. 10 (1), pp. 205-217.
- Migración, Derechos Humanos y Gobernanza. Manual para Parlamentarios no. 24, Unión Interparlamentaria 2015, Organización Internacional del Trabajo y Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, p. 21.
- MORALES Vega, Luisa Gabriela, SANROMÁN Aranda, Roberto. Derechos humanos y seguridad nacional en México. Programa Frontera Sur a cuatro años de la Ley de Migración. México: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2016 vol. XVI, pp.

- 345-372. (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/529>), 15 de enero 2019.
- Niños y niñas migrantes y refugiados en América Latina y el Caribe. Un llamado a la acción. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2017.
- Observación General no. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Comité de los Derechos del Niño, 2013.
- Observación General No.6, Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005. [En línea], <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGenerales-DelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
- ORTEGA Velázquez, Elisa. Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana. Entre el control y la protección. México: Instinto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, no. 142, pp. 185-221.
- Personas en detención migratoria en México. Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración. Consejo Ciudadano del INM, junio 2017.
- Protocolo de atención a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados o separados que se encuentren albergados. México, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia-OIM, 2015.
- ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. México, Porrúa, t. VIII, 2008.
- SÁNCHEZ Estrada, Jazmín. Hacía una política migratoria con perspectiva de derechos humanos. Una mirada crítica a los derechos de niñas/os migrantes no acompañados. México, Alegatos, unum.86, enero-abril 2014, pp.155-178.
- Sentencia ColDH caso González y otras (Campo Algodonero), 16 de noviembre de 2009.
- SILVA Meza, Juan. La internalización de los derechos humanos. El turno de la justicia mexicana. En Carbonell Miguel, Fix-Fierro Héctor, et al. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo V, Vol. 2. México: IJ-UNAM, 2015. En línea <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/1.pdf>, consultado el 15 de junio de 2019.
- Entrevistas:
- Entrevista realizada a Fernando Alonso Becerra Pinales, Director de Protección y Retorno de Comar, jueves 4 de abril del 2019 en la ciudad de Tenosique, Tabasco
- Entrevista en Tapachula organización internacional filial de la ACNUR que apoya a la inserción de las personas migrante al país de acogida, viernes 29 de marzo de 2019.
- Entrevista realizada a Elda Saraf Alamina May encargada del módulo de atención para menores migrantes no acompañados del municipio de Tenosique con fecha martes 2 de abril de 2019.
- Entrevista realizada a Glaydi Gutiérrez Ríos, directora del Albergue Viva México en Tapachula con fecha martes 26 de marzo de 2019.
- Tesis y jurisprudencias:
- Autonomía progresiva de los menores. Derecho de las niñas y los niños a decidir en contextos médicos. SCJN. Tesis aisladas 2019215, 1a. VII/2019 (10a.).

Autonomía progresiva de los menores. Derecho de las niñas y los niños a ejercer su libertad religiosa. SCJN. Tesis aislada 2019216, 1ª. VIII/2019 (10a.).

Derecho de los menores a participa en procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica. Jurisprudencia Constitucional 2013952, 1a./J.12/2017, libro 40, marzo de 2017.

Interés Superior del Menor dimensiones en que se proyecta la aplicación de este principio. Jurisprudencia Constitucional, Primera sala, TA, 2010602, Libro 25, diciembre de 2015.

Leyes y reglamentos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos DOF, 5 de febrero de 1917.

Ley de Migración, 2011. Diario Oficial de la Federación, 25 de mayo de 2011.

Ley General de los Derechos de NNA. Diario Oficial de la Federación, 4 de diciembre de 2014.

Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chiapas, Periódico Oficial 17 de julio de 2015.

Reglamento de la Ley de Migración, Diario Oficial de la Federación el 28 de septiembre de 2012.

NOM-EM-001-SSA3-2010, Prestación de servicios de asistencia social para niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo y vulnerabilidad. México, Diario Oficial de la Federación, 27 de mayo de 2010.

Notas periodísticas

Redacción. Caravana: un segundo grupo de migrantes centroamericanos rompe la valla fronteriza entre México y Guatemala en fuerte enfrentamiento con la policía, 29 de octubre de 2018, (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46013195>).

Redacción. Miles de niños migrantes no acompañados en las manos de México, *Chicago Tribune*, 22 de julio de 2019, recuperado en https://www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-miles-de-ninos-no-acompanados-en-mexico-20190722-n27q23tihrrd7h-qbsxcyqpsmq-story.html?fbclid=IwAR3dr20h9_FPsEDSni9k9t-FbdX54jmrPrWlPjX-8vRzb7scb2da0TLplZRw, el 23 de julio de 2019.

ROJAS, Ana Gabriela. Caravana de migrantes: “Ya estamos en México, no vamos a parar”, miles desafían a Donald Trump y siguen su marcha hacia Estados Unidos, 22 de octubre 2018, (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45936317>).

ROJAS, Ana Gabriela. Caravana de migrantes: primer grupo llega a Ciudad de México, un punto “crucial” en su viaje, 5 de noviembre 2018, (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46092777>).

XANTOMILA, Jessica. Acusa la CEM al gobierno de México de someterse a imposiciones de EU, *Diario La Jornada*, 23 de Julio de 2019. Recuperado en <https://www.jornada.com.mx/ultimas/sociedad/2019/07/23/para-evitar-aranceles-mexico-se-somete-a-imposiciones-de-eu-iglesia-684.html?fbclid=IwAR3Hf8Y-xTmYrUhb04dl-Fmy3PFZ6a5GnvTfqmE3KGZMYSP1kHBmcmfivFXy>, el 24 de julio de 2019.

Notas de las Tablas 2 y 3

Se presenta el total de menores de 18 años que el Instituto Nacional de Migración (Inami) retornó de manera asistida a su país de origen, sin hacer distinción de sexo. El rango

de edad en el caso de Inami con los menores de edad es de 0-11 y de 12-17. En este caso no consideramos la cifra de presentados ante Inami, en virtud de que puede duplicarse con las estadísticas de Comar al solicitar el refugio.

- 2Se presenta el total de los menores de 18 años que iniciaron trámite ante la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados reporto, sin hacer distinción de sexo.
- 3El total en el año 2013 incluye las solicitudes de refugio recibidas ante Comar con el rango de edad de 0-19 años sin distinción de sexo.
- 4El total en el año 2014 incluye las solicitudes de refugio recibidas ante Comar con el rango de edad de 0-19 años sin distinción de sexo.
- 5El total en el año 2015 incluye las solicitudes de refugio recibidas ante Comar con el rango de edad de 0-19 años sin distinción de sexo.
- 6El total en el año 2016 incluye las solicitudes de refugio recibidas ante Comar con el rango de edad de 0-19 años sin distinción de sexo.
- 7El total en el año 2017 incluye las solicitudes de refugio recibidas ante Comar con el rango de edad de 0-19 años sin distinción de sexo.
- 8El total en el año 2018 incluye las solicitudes de refugio recibidas ante Comar con el rango de edad de 0-19 años sin distinción de sexo.

Desafíos de la protección de las niñas, niños y adolescentes indígenas migrantes en la frontera sur. Las complejidades de Chiapas

Manuel Gustavo Ocampo Munoa

Introducción

El presente documento pretende demostrar lo complejo que resulta en los municipios fronterizos de Chiapas brindar protección efectiva a las niñas, niños y adolescentes indígenas migrantes lo anterior en atención a la propia diversidad cultural de la región.

En ese escenario los menores migrantes indígenas que ingresan a México además de traer consigo la problemática propia de la migración, comparten de inmediato la desatención que existe respecto a la niñez y adolescencia en las políticas públicas operadas por el gobierno federal y local, aunado al hecho de padecer de discriminación por su origen étnico.

Por lo anterior es urgente diseñar estrategias para la protección de los derechos de la niñez y adolescencia migrante indígena en escenarios fronterizos siendo una opción la utilización de criterios de interculturalidad que fortalezcan los principios que guían las acciones de los gobiernos federal, local y municipal.

Con fines didácticos el presente documento se divide en siete apartados; el primero de ellos corresponde a esta introducción, los restantes al marco teórico y jurídico, así como al desarrollo de las ideas centrales, las propuestas, conclusiones y la descripción de las fuentes de información empleadas en su elaboración.

En el apartado relativo al marco regulatorio de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes indígenas migrantes en México se establecen los derechos y principios establecidos a nivel internacional como los mínimos indispensables para una vida digna, así como su interpretación por la Corte Interamericana.

Bajo el tópico contexto de los municipios fronterizos de Chiapas, se describe la situación que se vive en los mismos y se vincula a la realidad económica, política, social, cultural y administrativa de la región. Se señalan además algunos antecedentes históricos de relevancia y las diferentes visiones del fenómeno migratorio indígena.

Al referirse a los desafíos de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes indígenas migrantes en Chiapas, se hace una descripción de la manera en que se atiende en la frontera sur que corresponde al estado de Chiapas las distintas problemáticas que pueden surgir entorno a las niñas, niños y adolescentes de origen indígena que habitan y transitan en la zona. Se alude a la situación especial de quienes pertenecen a un pueblo originario por encontrarse en un plano de coexistencia entre al menos dos sistemas jurídicos. En ese punto el pluralismo legal o interlegalidad es una alternativa que se orienta hacia el análisis de la existencia de diferentes espacios legales superpuestos.

En el tema propuesta para mejorar la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas migrantes en Chiapas, se plantea la capacitación al personal de la procuraduría especial de protección de los derechos de la niñez y adolescencia en aspectos relacionados con la interculturalidad con la intención de generar con el desarrollo de habilidades y competencias en materia de diversidad cultural criterios, políticas, protocolos y buenas prácticas pertinentes al entorno fronterizo indígena.

En las reflexiones finales se expresan de manera contundente lo hechos que se consideran demostrados con este trabajo y en las fuentes se hace un listado de los recursos que se emplearon en su construcción.

Marco regulatorio de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes indígenas migrantes en México

La fuente principal de la normatividad nacional en materia de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es, sin duda, la Convención de los Derechos del Niño (CDN).¹ Los dos Protocolos Facultativos que se desprenden de ella han sido también tomados en consideración en la medida de lo políticamente posible por el gobierno federal y por las entidades federativas.

El primero de dichos protocolos relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía² atiende un tópico de gran importancia a nivel mundial que en municipios fronterizos de México como Tapachula es una problemática que aún no se erradica y el segundo acerca de la participación de niños en los conflictos armados³ pensado quizá en la realidad que se vive en el medio oriente es aplicable para centro américa e incluso en México vinculado con la delincuencia organizada.

Las mencionadas disposiciones, junto a la Convención Americana de los derechos Humanos (CADH) le dan vida a lo que se denomina en la doctrina

¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en vigor el 2 de septiembre de 1990.

² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de mayo de 2000, mediante Resolución A/RES/54/263, en vigor desde el 18 de enero de 2002

³ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de mayo de 2000, mediante Resolución A/RES/54/263, en vigor desde el 12 de febrero de 2002.

y jurisprudencia internacional *Corpus Iuris de la Infancia*, es decir generan un sistema de protección especial reforzada.

Ahora bien, desde el marco legal de la niñez y adolescencia indígena migrante es posible distinguir la normatividad y criterios aplicables en relación a la condición de indígena y los propios del migrante, por lo que en la exposición se sigue ese orden.

Se argumenta la existencia de un *Corpus Iuris de la infancia indígena*, integrado por la CDN, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (DNPI).

El eje central de la protección es la obligación de los Estados de garantizar la integridad cultural de los niños en razón de su pertenencia indígena, así como prevenir y sancionar todas las formas de discriminación que les afecten.

La protección que se pretende brindar es reforzada en consideración a su particular condición de vulnerabilidad e identidad cultural e implementan los principios de integridad cultural y no discriminación como una vía de interpretación transversal y elemento para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y también por los ordenamientos jurídicos internos.⁴

En ese mismo sentido se establece una obligación adicional y complementaria que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.⁵ El Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y adoptar medidas especiales teniendo presente los intereses y necesidades de los niños y niñas indígenas.

En la siguiente tabla se detallan los derechos de la niñez y adolescencia indígena emanados de la Convención y que sirven de referente a la legislación nacional.

Tabla 1 Derechos de las niñas, niños y jóvenes indígenas de acuerdo a la Convención de los derechos del niño.

Vivir largas vidas, sin pobreza ni discriminación.
Recibir atención médica adecuada.
Viviendas adecuadas con servicios esenciales, como agua, saneamiento y carreteras apropiadas.
Ser enviados a la escuela y la universidad, si así lo deciden.
Plena protección de la ley.
A su identidad.

Fuente: Organización de las Naciones Unidas (ONU), Convención de los Derechos del Niño.

⁴ Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 29 letra (b).

⁵ Convención de los Derechos del Niño, artículo 30 en relación al numeral 19 de la CADH

No obstante el reconocimiento de las mencionadas prerrogativas la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sostiene que un número considerable de niñas, niños y jóvenes indígenas no disfrutaban todavía de esos derechos humanos básicos.

El anterior argumento se sustenta en diversas observaciones como son: la esperanza de vida de las niñas, niños y los jóvenes indígenas a menudo es 20 años menor que la de los demás; aunado a que sufren todavía de enfermedades prevenibles y falta de atención médica adecuada; de igual manera viven en casas que no tienen agua corriente ni saneamiento; tienen acceso limitado a la educación básica y de forma frecuente son acosados por la policía, las autoridades y se les hace sentir avergonzados de su identidad.⁶

Lo anterior justifica intervenir para frenar esos abusos pero con herramientas metodológicas adecuadas al contexto de los pueblos originarios en general y de manera particular a los ubicados en la franja fronteriza.

Existen ya una serie de derechos y principios que son producto de la reflexión de los especialistas y que se han incluido atinadamente en la CDN. Uno de ellos es el derecho a preservar su identidad cultural, este parte es un elemento esencial para los pueblos indígenas, su territorio, ese espacio en que se reproduce la cultura y del que depende el desarrollo armonioso y pleno de la personalidad e identidad cultural de los niños y niñas.⁷

La diversidad cultural es parte de su realidad y es además un valor que la sociedad debe preservar. El estado debe además de reconocer y promover como derecho de naturaleza colectiva de los pueblos originarios el respeto a su territorio, dar protección especial a la niñez en esos territorios.⁸

Ahora bien, la coexistencia del derecho a la igualdad y del derecho a la diversidad supone el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos, naciones o grupos que alberga en su interior. Esto significa reconocer y respetar las diferentes formas de organización social y política que pueden convivir en una sociedad. En consecuencia deben respetarse los derechos de los niños y niñas a su cosmovisión, formas de vida y en general a su cultura, pues es parte de su individualidad, es decir, corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que los niños indígenas poseen una identidad distintiva que los vincula con su cultura, idioma y religión. Es un criterio bastante atinado el reconocimiento de

⁶ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Niños y juventud indígena, *Naciones Unidas - Pueblos Indígenas departamento de asuntos económicos y sociales*, 2019, disponible en <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/areas-de-trabajo/ninos-y-juventud-indigena.html>

⁷ El derecho a preservar su identidad cultural, se fundamenta en el artículo 30 de la CDN, en consonancia con los artículos 1 del Convenio 169 de la OIT y 9 de la DNPI.

⁸ Ruiz Chiriboga, Oswaldo, "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano". *Revista Internacional Sur*, N° 5, Año 3, 2006, pp. 43-69. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf> [fecha de visita: 7 de marzo de 2019].

tradiciones y valores colectivos de las culturas indígenas como cimiento de un Estado culturalmente diverso.⁹

Es obligatorio tomar en consideración la diversidad cultural al momento de volver operativos los derechos sociales, en otras palabras, en los planes y programas de educación se debe promover la interculturalidad; de igual manera el goce y ejercicio de la libertad de conciencia y religión, de opinión y expresión, derechos lingüísticos, en espacios públicos y privados.

La identidad diferenciada de la niñez y adolescentes indígenas migrantes se traduce en la implementación de todas las medidas adecuadas y necesarias dirigidas a promover y proteger el derecho de estos a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión, idioma y en su propio territorio.

Ahora bien esa protección especial se debe reflejar también en los procedimientos administrativos y judiciales. Para estos efectos, los Estados requieren adoptar medidas apropiadas, de orden administrativo, legislativo y de otra índole, hasta el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad a los derechos de los niños. Dichas medidas les permitirían gozar por ejemplo, no solo del derecho a la vida, sino garantizarles el gozar de una existencia digna dentro de su territorio.

En la siguiente tabla se señalan algunas cuestiones cuya atención en cualquier procedimiento que involucre niños, niñas y adolescentes indígenas es pertinente.

Tabla 2. Necesidades y circunstancias específicas de los niños, niñas y adolescentes indígenas a considerar en cualquier procedimiento

El suministro de información adaptada a las necesidades del niño o la niña.
El asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción
El acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria
La reparación apropiada, incluyendo una indemnización
La adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, cuando sea pertinente

Fuente: Comité de los Derechos del Niño Observación General N° 5

Tal como lo indica el Comité de los Derechos del Niño (CoDN) para que los derechos de los niños cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar los daños ocasionados y hacer frente a las relaciones de poder y dependencia con los adultos, que pueden ser sus propios agresores.

Para ello, se han de generar las condiciones de vida compatibles con la dignidad de la persona humana, teniendo a la vista necesidades particulares de los niños y niñas, y las múltiples o agravadas formas de discriminación que pueden estar presentes, como por ejemplo, niñas indígenas privadas de libertad o en situación de discapacidad.¹⁰

⁹ Para profundizar en el tema se puede consultar, Serie C.N° 250, CIDH, Serie C.N° 125, Serie C.N° 212.

¹⁰ Comité de los derechos del niño. Observaciones Generales N° 5: *Medidas generales de aplicación de la Convención de los*

El interés superior del niño es otro de los principios que se encuentra contenido en la CDN al señalar que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben considerarlo.¹¹

Sin embargo, es el CoDN el que se da a la tarea de dotar de contenido al mencionado principio al expresar que se trata de un derecho sustantivo, un principio y una norma de procedimiento basado en una evaluación de todos los elementos del interés, de uno o varios niños, en una situación concreta.¹² El interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño y la niña a expresar libremente sus opiniones y a que estas se tengan debidamente en cuenta en todos los asuntos que les afectan.

Se le considera un principio jurídico interpretativo fundamental cuyo objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo del niño. Enfatizando que el término desarrollo debe entenderse como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño.¹³

Junto al principio del interés superior del niño opera el derecho a la no discriminación. Su punto de partida es que los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.¹⁴

Finalmente, para los niños y las niñas indígenas, el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, a juicio de la CIDH, debe considerar además todos aquellos aspectos relevantes de su identidad cultural como son, su idioma, cultura, religión, y principalmente la relación con su hábitat. La pérdida de su territorio por ejemplo, constituye un grave atentado contra su identidad especialmente en los casos de desplazamiento forzado.

En estas situaciones, los niños se ven expuestos a riesgos excepcionales que impiden su desarrollo e inclusión en su entorno social tradicional, privándolos de su cultura y costumbres, compeliéndolos a vivir en condiciones indignas en las que se hace imposible ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población.

Cabe destacar que en la frontera sur, Chiapas es una de las entidades con casos graves de desplazamiento forzado por diversas razones, algunas de ellas han sido por diferencias políticas, religiosas o de tenencia de la tierra que involucran a los pueblos originarios y a niñas, niños y adolescentes indígenas.

Derechos del Niño. CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003.

¹¹ CDN, artículo 3.1

¹² Comité de los derechos del niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1). Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [fecha de visita: 7 de febrero de 2019].

¹³ *Ibidem*, párr. 4

¹⁴ CADH, artículo 1.1

Ejemplo de lo anterior es el generado por el desacuerdo en el resultado de las elecciones municipales en el proceso electoral de 2015 en el ejido Puebla en San Pedro Chenalhó en donde más de doscientas personas tuvieron que ser desplazadas 46 familias ocurriendo el deceso de un menor de edad.¹⁵

Ahora bien, el marco jurídico de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México está conformado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales aprobados y ratificados por el país y las leyes federales y locales. México ha ratificado numerosos tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En materia de derechos de la infancia y la adolescencia, en 1990 México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, (CDN) por lo que desde ese momento quedó obligado a cumplir con sus disposiciones y a adoptar diversas medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella. Asimismo, ratificó los dos protocolos facultativos de la CDN relativos a la participación de niños en conflictos armados, y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

El Estado mexicano también llevó a cabo reformas constitucionales que le han permitido avanzar en el proceso de adecuación de su legislación interna a la CDN, entre las que destaca la reforma al artículo 4°, que incorpora la noción de sujetos de derecho, reconociendo que los niños y niñas son titulares del derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo, y estableciendo que los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos, mientras el Estado es responsable de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos y otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Esta reforma dio lugar a la emisión de la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) aprobada el 4 de diciembre de 2014, cuyo objeto es garantizar a éstos la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como establecer los principios básicos conforme a los cuales el orden jurídico mexicano habrá de proteger y garantizar tales derechos.

Esta normatividad sienta las bases de un Sistema de Protección Integral a nivel nacional para el diseño y coordinación de políticas públicas en materia de infancia y adolescencia. Además, como parte de ese Sistema, se reconfigura la respuesta del Estado frente las violaciones de derechos de niñas, niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad.

Diversos apartados de la LGDNNA, entre ellos, el título quinto denominado de la Protección y Restitución Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Ado-

¹⁵ Chiapas paralelo, Conmemorarán dos años del desplazamiento forzado del Ejido Puebla de Chenalhó con Foro Cultural, *Chiapas paralelo*, 22 de mayo del 2018, disponible en <https://www.chiapasparalelo.com/noticias/chiapas/2018/05/conmemoraran-dos-anos-del-desplazamiento-forzado-del-ejido-puebla-de-chenalho-con-foro-cultural/>

lescentes, desarrollan la manera en que el gobierno, la sociedad civil, la familia y la sociedad reaccionarán frente a la violación de derechos de niñas, niños y adolescentes, y actuarán de manera concurrente para restituírseles de forma inmediata.

Dentro del sistema jurídico mexicano existen otros ordenamientos jurídicos que resultan esenciales para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en lo general, entre las que se encuentran la legislación civil y penal; y las leyes General de Salud; General de Educación; de Asistencia Social, y General de Desarrollo Social, sin embargo en el tema de los que se encuentran en condición de migrantes el marco legal se encuentra en desarrollo.

En la situación de los menores indígenas migrantes la LGDNNA refiere a medidas especiales de protección que las autoridades deberán adoptar para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados, no acompañados, separados, nacionales, extranjeros y repatriados en el contexto de movilidad humana.

Obliga a las autoridades de todos los órdenes de gobierno a proporcionarles de conformidad con sus competencias, los servicios correspondientes independientemente de su nacionalidad o su situación migratoria, esto mediante la intervención del Sistema Nacional DIF o sistema de las entidades, según corresponda, en tanto el Instituto Nacional de Migración (INM) determine su condición migratoria.

El principio del interés superior de la niñez es una consideración primordial que se debe tomar en cuenta durante el procedimiento administrativo migratorio así como los estándares internacionales en la materia. En consecuencia, darán una solución que resuelva todas sus necesidades de protección, teniendo en cuenta sus opiniones y privilegiando la reunificación familiar, excepto que sea contrario a su interés superior o voluntad respetando el debido proceso.

Tabla 3. Garantías de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a niñas, niños y adolescentes

Derecho a que se le notifique de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio;
Derecho a que se le informe de sus derechos;
El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario especializado;
Derecho a ser escuchado y a participar en las diferentes etapas procesales;
Derecho que le asista gratuitamente por un traductor y/o intérprete;
Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular;
Derecho a que le asista una persona abogada y a comunicarse libremente con ella;
Derecho, en su caso, a la representación en suplencia;
Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña, niño y adolescente y esté debidamente fundamentada;

Derecho a recurrir la decisión ante la autoridad jurisdiccional competente, y

Derecho a conocer la duración del procedimiento que se llevará a cabo, mismo que deberá seguir el principio de celeridad.

Fuente: Sistema nacional de protección de niñas, niños y adolescentes disponible en <https://www.gob.mx/sipinna/es/articulos/derechos-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes-migrantes?idiom=es>

En caso de que los Sistemas DIF identifiquen a NNA extranjeros que sean susceptibles de reconocimiento de condición de refugiado o de asilo, lo comunicarán al INM a fin de adoptar medidas de protección especial.

El Sistema Nacional DIF deberá diseñar y administrar las bases de datos de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados, incluyendo, entre otros aspectos, las causas de su migración, las condiciones de tránsito, sus vínculos familiares, factores de riesgo en origen y tránsito, información de sus representantes legales, datos sobre su alojamiento y situación jurídica, entre otros, y compartirlo con la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (PPFNNA), atendiendo a lo previsto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG) y demás disposiciones aplicables en materia de transparencia.

Sin embargo, la LGDNNA no contempla un aparatado en especial para la atención de los menores indígenas migrantes.

El contexto de los municipios fronterizos de Chiapas

La frontera sur de México tiene una extensión de 1,149 kilómetros, de los cuales 956 corresponden a la línea divisoria con Guatemala en colindancia con los estados de Chiapas, Tabasco y Campeche, el resto a la frontera con Belice desde Quintana Roo. En el conjunto de los cuatro estados mexicanos mencionados, viven 9.2 millones de connacionales, de los cuales el 16.2 % son indígenas y la población de los 24 municipios situados a lo largo de las líneas divisorias es de 1.6 millones de personas.¹⁶

Con el propósito de poner en contexto las cifras anteriores, es importante mencionar, que 19 de los 24 municipios fronterizos mexicanos pertenecen al estado de Chiapas y en ellos vive algo más de una cuarta parte de la población de la entidad federativa, lo que representa el 74% y de ese porcentaje el 42% se concentra en dos municipios Tapachula y Ocosingo.

En Guatemala se localizan 4 departamentos fronterizos que son: San Marcos, Huehuetenango, Quiché y Petén y en el caso de Belice dos distritos, Corozal y Orange Walk, mismos que comparten con los municipios Chiapanecos antes descritos características naturales, étnicas, así como rezagos económicos y sociales.

¹⁶ INEGI, Censo de Población y Vivienda de 2010

Lo anterior tiene implicaciones de carácter institucional muy importantes, en términos del número y la distribución de autoridades municipales a las que se deben de tener en cuenta al considerar a esa fracción territorial directamente vinculada a los linderos internacionales.

En el contexto mexicano, la población conjunta de los municipios fronterizos representa sólo el 1.46% del total nacional, en tanto que la población de los cuatro estados a los que pertenecen llega al 8.17% de ese mismo total y está ubicada en una superficie que equivale a poco más de una décima parte del territorio de México.¹⁷

En cuanto a la regionalización socio económica de Chiapas 4 de sus 9 regiones son fronterizas y se denominan soconusco, sierra madre, frontera y selva lacandona.

En lo que respecta a la regionalización guatemalteca 3 de sus 8 regiones, la suroccidente, la noroccidente y el Petén se ubican en la frontera.

Estas regiones se estructuran a partir de procesos productivos primarios, con cierta especialización regional y grados distintos en la diversificación productiva. En ellas se desarrollan actividades relacionadas con la agricultura de exportación (café, cardamomo, hule, plátano, mango, caña de azúcar, hortalizas, palma africana, melón) granos básicos, productos forestales, ganadería y pesca.

Tabla 4. Número de Pueblos indígenas por Entidad Federativa de la Frontera sur de México

Entidad Federativa	Municipios	Número	Pueblo Indígena
Chiapas	Amatenango de la Frontera, Frontera Comalapa, Mazapa de Madero, Motozintla, Cacahoatán, Frontera Hidalgo, Suchiate, Tuxtla Chico, Unión Juárez, Tapachula, La Trinitaria, La Independencia, Ocosingo, Las Margaritas, Palenque, Benemérito de las Américas, Maravilla Tenejapa, Metapa y Marqués de Comillas	11	cakchiquel, chol, jocalteco, konjabal, lacandón, mame, mochó, tojolabal, tzeltal, tzotzil y zoque
Tabasco	Balancán y Tenosique	2	Chontal y chol
Campeche	Candelaria y Calakmul	1	Maya
Quintana Roo	Othón P. Blanco	1	Maya

Fuente: INEGI, Censo de población y vivienda 2010

Ahora bien, desde una visión política una frontera además de ser la línea convencional que marca el confín de un Estado;¹⁸ es el espacio o área de influencia en el que se da un intercambio social y cultural entre los que circulan o se mueven de un país a otro. En su forma más tradicional, la frontera-límite es la expresión de una forma de ejercer el poder y de concebir un territorio desde el ámbito político.

¹⁷ *Ibid*

¹⁸ Enciclopedia jurídica, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/frontera/frontera.htm>

La concepción de la frontera en México al parecer forma parte de una ideología que enfatiza el nacionalismo como la expresión del proyecto propio de sociedad y de cultura.¹⁹

En la década de los ochenta del siglo XX se inició un proceso de reformas legislativas en distintos países de América Latina para reconocer el carácter multicultural de los Estados, al sustituir el discurso en torno a la igualdad por una nueva retórica acerca de la diversidad cultural y de la necesidad de desarrollar políticas públicas multiculturales.

Estas reformas variaban mucho de un país a otro, pero en su mayoría incluyeron el reconocimiento del carácter multicultural de la nación, de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el reconocimiento a sus sistemas normativos y formas de autogobierno así como el derecho a utilizar y preservar sus propios idiomas indígenas. El concepto y la realidad de la frontera sur de México se replanteó en esa década debido a varios procesos sociopolíticos ocurridos en esta región que, al llamar la atención académica y política, contrastaron con la visión dominante orientada principalmente al estudio de la línea que divide a México y a los Estados Unidos.²⁰

A partir del levantamiento zapatista de 1994 han aparecido procesos de politización de las identidades culturales en toda la región fronteriza de Chiapas, como una medida de protección contra la violencia física y simbólica de las campañas integracionistas.

El primero de esos procesos parte de la consideración de la frontera sur como un lugar de expansión y un área geográfica relativamente despoblada en la que un bajo radio en la relación hombre-tierra, más una abundancia de recursos naturales, le otorgan al Estado nacional la oportunidad de fortalecerse y resolver diferentes presiones sociales.

Un segundo proceso se expresa como un espacio de economía regional que se confirma en la movilidad comercial o de trabajo, que también marca la historia de los ciclos agrícolas en el Soconusco en Chiapas.

El último proceso ocurre al entender la frontera como un espacio de convergencias, sobre todo sociales y culturales, a lo largo de una historia particular.

En ese escenario en el año de 1998 entraron en vigor normas jurídicas locales en materia de reconocimiento y protección de los derechos colectivos de los pueblos originarios de Chiapas, sin embargo ese reconocimiento en poco o nada abono en la protección de las niñas, niños y adolescentes indígenas en lo general ni tampoco en lo particular para aquellos que son migrantes.

Esa desatención es relevante dado que en los 19 municipios de la entidad chiapaneca que son fronterizos habitan pueblos indígenas fundamentalmente de origen maya; algunos de ellos provenientes de Guatemala.²¹ Por lo consiguiente, estos

¹⁹ Fábregas Puig, Andrés, *Ensayos Antropológicos 1990-1997*, México, Gobierno de Chiapas y UNICACH, México, 1997, pp. 15-40

²⁰ *Ibid*

²¹ Fábregas Puig, Andrés, *Fronteras y colonialismo: una reflexión desde la frontera México-Guatemala*, en *Antología del ensayo moderno en Chiapas: esbozo de una historia cultural I*, México CONECULTA, 2018. p.197

pueblos se encuentran en ambos lados de la frontera y por ende deben acatar las reglas de al menos dos sistemas normativos de carácter nacional, uno local y el propio.

En el caso de México al menos de manera formal existe el reconocimiento de los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas por mandato del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que desde la reforma del 2001 hace alusión al derecho al autogobierno y a la auto-determinación como derechos colectivos; además dicha norma jurídica faculta a las entidades federativas para dictar las reglas de atención a los pueblos indígenas que habiten su territorio y a las personas que pertenezcan a un pueblo o comunidad indígena nacional o extranjero, es decir existe una protección especial a los menores migrantes indígenas que ingresen a Chiapas.

Tabla 5. Municipios Fronterizos de Chiapas

Nombre del Municipio	Pueblos originarios que se ubican en su territorio
Amatenango de la Frontera	Mame, jacalteco
Benemérito de las Américas	Lacandones, Choles
Cacahuatán	Mames
Frontera Comalapa	Tojolabales
Frontera Hidalgo	Mames
Las Margaritas	Tojolabal, mames
La Independencia	Tojolabales
La Trinitaria	Chuj, Tojolabal
Maravilla Tenejapa	Mames
Marqués de Comillas	Lacandones, Choles
Mazapa de Madero	Cakchiquel
Metapa	Mames
Motozintla	Mochó, mames
Ocosingo	Lacandones, choles
Palenque	Chol
Suchiate	Mames, cakchiquel y tzotzil
Tapachula	Mames, cakchiquel y tzotzil
Tuxtla Chico	Mames
Unión Juárez	Mames

Fuente: Elaboración propia con información del sistema de información cultural disponible en http://sic.gob.mx/lista.php?table=grupo_etnico&estado_id=7

El contexto fronterizo de Chiapas le convierte en un sitio estratégico a nivel nacional por ser la puerta de acceso a Norteamérica. Diferentes grupos de personas procedentes de Centroamérica llegan a la entidad en su ruta hacia el sueño americano y en su traslado algunos se quedan en nuestro país.

Esas caravanas traen consigo niñas, niños y adolescentes quienes junto con los que pertenecen a pueblos originarios fronterizos merecen la garantía de protección de sus derechos humanos, sin embargo, las medidas de protección especial son escasas o inexistentes.

Se requiere para la adecuada atención y protección de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes indígenas migrantes construir una metodología con base en criterios de interculturalidad y pluralismo jurídico que hagan pertinente su ejercicio y que transformen el discurso político en acciones positivas hacia este sector.

Desafíos de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes indígenas en Chiapas

En la frontera sur de de Chiapas existen complejidades sociales, políticas, culturales y económicas que dificultan la protección de los derechos de los NNA indígenas migrantes.

La primera de ellas es precisamente la diversidad cultural que se puede apreciar en las regiones soconusco, sierra y selva con la presencia de indígenas de origen guatemalteco, que se movilizan en ambos lados de la frontera, quienes desde tiempo inmemorial practican el comercio en la región y cuentan con familiares establecidos en Chiapas.

Los pueblos indígenas fronterizos viven en la zona desde antes que existiera el limiye fronterizo actual, es posible que sus territorios ancestrales hayan sido fraccionados por el estado. La historia de estos pueblos empieza a diferenciarse significativamente a partir de la integración a sus respectivos estados nacionales, hacia finales del siglo XIX. Sin embargo, esto no es obstáculo para las migraciones transfronterizas que se siguen presentando desde fines del siglo XIX y a lo largo del XXI, y que involucra movimientos de población chuj, kanjobal, jacalteca, mam y cakchiquel, fundamentalmente. La migración transfronteriza más reciente se produce a partir de 1981 cuando miles de habitantes del noroccidente guatemalteco llegan a México.

Los *mames*, por ejemplo, son un pueblo indígena originario de Guatemala que desde tiempos remotos practicaba el comercio de ambos lados de la frontera, y bajaban de la sierra también a la siembra de temporada y de pastizales. Con la afectación de las tierras comunales y su conversión en fincas privadas, se interrumpieron de tajo las actividades antes mencionadas, desplazando así a familias enteras que se convirtieron en colonos jornaleros para el patrón de la

finca. Con la reforma agraria mexicana esos colonos se transformaron en ejidatarios y formaron sus comunidades.

La identidad originaria de la mayoría de estos ejidatarios era la de *mames* guatemaltecos, hasta antes de 1882,²² después de esta fecha les correspondió ser *mames* mexicanos, por lo que desde entonces se ha producido una fuerte relación de parentesco con los que quedaron del otro lado de la frontera. Existe una intensa relación con indígenas tzeltales, tzotziles, mochós, tuzantecos, tectitecos, zapotecos, mixes, zoques, chujes, kanjobales, jcaltecos, mestizos, asiáticos y europeos.

Los *mames* mexicanos habitan en los municipios chiapanecos de Acacoyagua, Acapetahua, Amatenango de la Frontera, Bejucal de Ocampo, Bella Vista, Cacahoatán, Escuintla, Frontera Comalapa, Frontera Hidalgo, La Grandeza, Huehuetán, Mazapa de Madero, Mazatán, Metapa, Motozintla, El Porvenir, Villa Comaltitlán, Siltepec, Suchiate, Tapachula, Tuxtla Chico, Tuzantán, Unión Juárez, Maravilla Tenejapa y Las Margaritas; por su parte los *mames* de Guatemala se asientan en el Altiplano Occidental guatemalteco en los departamentos de San Marcos, Huehuetenango, Quetzaltenango y Retalhuleu juntos forman un solo territorio, cultural y lingüístico.²³

De igual forma algunos integrantes del grupo indígena *maya-chuj* desde que se fijaron los límites oficiales entre México y Guatemala en 1882, se asentaron en territorio mexicano. En unas cuantas décadas, esta población se incrementó en decenas de familias en varias comunidades. Cien años más tarde ocurrió el éxodo masivo de guatemaltecos, que incluía a miles de chuj, en busca de refugio en tierra mexicana. Después de los Acuerdos de Paz en Guatemala, muchas familias optaron por integrarse a México; fue así como se incrementó la población *maya-chuj* mexicana, viven en el ejido de Tziscoac y Cuauhtémoc, localidades del municipio de La Trinitaria, en la selva.

Por su parte los *Cakchiqueles* Se encuentran distribuidos en algunas comunidades y barrios del municipio de Motozintla.

Finalmente los kanjobales habitan principalmente en los municipios de Las Margaritas, La Trinitaria y La Independencia.

Existen por lo expuesto familias indígenas de origen guatemalteco viviendo en municipios de Chiapas cuya situación migratoria no se cuestiona cuyos descendientes son ahora mexicanos y mexicanas, así como indígenas que se mueven entre las fronteras sin documentos migratorios. Los NNA guatemaltecos que ingresan con sus padres a México de origen *mame* o *chuj* son considerados migrantes pese a contar con identidad cultural con el pueblo *mame* o *chuj* mexicano.

²² En 1882 se firmó el Tratado Internacional entre México y Guatemala mediante el cual se definieron de manera definitiva los límites vigentes entre ambas naciones.

²³ Quintana Hernández, Francisca, *Mames de Chiapas*, CDI, 2006 pp. 29-50

Cabe mencionar que la cosmovisión de los pueblos indígenas de la región y su conceptualización de nación y territorio indígena impulsa la necesidad de generar planes y programas binacionales para la atención de los NNA indígenas migrantes.

Otra complejidad es el hecho de que Chiapas sea el principal receptor de trabajadores temporales procedentes de Centroamérica, la mayor parte de estos migrantes viene de Guatemala. El ingreso a México se realiza de forma autorizada o indocumentada.

El atractivo de los trabajadores guatemaltecos para trabajar en el Soconusco es múltiple: existencia de fuentes de trabajo que escasean en Guatemala; mejores salarios y prestaciones comparadas con las ofrecidas por los finqueros de la costa; posibilidades de ampliación a otras zonas, como Veracruz; cuando los trabajadores guatemaltecos laboran para ejidatarios mexicanos encuentran un trato menos despótico y se sienten entre iguales.²⁴

Los dos flujos migratorios con más tradición son los de trabajadores agrícolas y trabajadoras del hogar, los cuales en mayor medida están constituidos por población campesino-indígena, procedente de departamentos de Guatemala que colindan o están cerca de la frontera con México. Además, también se pueden identificar otros que, se dedican a distintas ocupaciones, como el comercio ambulante, los servicios, la construcción, entre otros oficios.

La migración de jornaleros agrícolas se convirtió en una estrategia de sobrevivencia para un gran número de familias campesino-indígenas del occidente guatemalteco y, al mismo tiempo, se constituyó en un soporte imprescindible de la economía de esta región de México. Este proceso migratorio ha estado ligado indisolublemente al desarrollo de la economía agrícola de la región, a tal punto que un proceso no se puede entender sin el otro.²⁵

Además de las entradas documentadas de trabajadores guatemaltecos a México, existe un proceso de internación de trabajadores indocumentados que se dirigen principalmente a los municipios ubicados muy cerca de la línea fronteriza. En general, el proceso de contratación se sigue realizando a través de intermediarios, conocidos como “contratistas”, “enganchadores” o “habilitadores”, aunque en algunas de las fincas de la región ya no se recurre a la contratación de trabajadores usando intermediarios, pues los trabajadores llegan por su cuenta porque ya conocen el lugar.²⁶

Las mujeres guatemaltecas cubren los servicios domésticos de una parte importante de los hogares de Tapachula. Emigran solas y algunas con sus hijos e hijas cargados en la espalda. Aunque en México las trabajadoras del hogar están

²⁴ Coello Teresa y Duarte Rolando, La decisión de Marcharse Los pueblos indígenas migrantes de Guatemala y Chiapas, Inter Pares de Canada Consejería en Proyectos, Guatemala, 2007, pp. 51 - 73

²⁵ Angeles Cruz, Hugo, “Trabajadores agrícolas de Guatemala en Chiapas”, *Revista ICHAN TECOLOTL*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Junio 2019

²⁶ *Ibid*



protegidas por legislación laboral, las guatemaltecas no lo saben y frecuentemente son víctimas de abusos laborales, de violencia y acoso.²⁷

De igual manera mujeres indígenas de *Quiché*, San Marcos y Huhuetenango forman parte del comercio informal, de la niñez de la calle, de los limpiavidrios en los semáforos en Tapachula, donde también se ocupan como trabajadoras sexuales o prostitutas en condiciones de muy poco control sanitario y alta vulnerabilidad de sus derechos civiles. A menudo son víctimas de trata y tráfico humano, lo mismo que sus hijas e hijos.²⁸

En Chiapas cuatro de cada diez personas tienen menos de 18 años de las cuales el 83.8% vive en pobreza, a nivel nacional se ocupa el primer lugar en población infantil.²⁹ En regiones como los altos de Chiapas niñas y niños indígenas han muerto por causas prevenibles como enfermedades diarreicas e infecciones respiratorias agudas, en 2017 la entidad se ubicó en el noveno lugar nacional en mortalidad infantil³⁰ y la situación aún no ha cambiado mucho.

La deserción escolar es alarmante, miles de jóvenes terminan sus estudios con la educación secundaria. En Chiapas siete de cada diez adolescentes concluyen su educación básica lo que coloca al estado con el segundo menor promedio de escolaridad a nivel nacional.³¹

Uno de los parámetros de la violencia contra la infancia es el número de embarazos adolescentes de niñas de 10 a 14 años lo que coloca al estado en la segunda tasa más alta del país. Aunado a lo anterior en 2018 y lo que va de 2019 han desaparecido 146 niñas, niños y adolescentes, y 7 niñas y adolescentes fueron asesinadas.³²

En el contexto de la violencia social e institucional se ha generado el desplazamiento forzado de más de tres mil niñas, niños y adolescentes en 2017 y 2018 que aún no pueden retornar a sus comunidades de origen. Miles también que vienen viajando de diferentes países de América Central son detenidos y sometidos a tratos crueles, humillantes y entornos torturantes, ya que los albergues destinados para la protección y atención integral, terminan siendo anexos de las estaciones migratorias, privándoles de su libertad.³³

En el 2018 fueron detenidos 31,717 niños, niñas y adolescentes, de los cuales el 81.86% fueron deportados de forma inmediata sin garantizar el cumplimiento del debido proceso o de acceso a la protección internacional; no existen datos desagregados sobre niños, niñas y adolescentes solos, no acompañados ni

²⁷ Arriola, Aura Marina, Tapachula “la perla del Soconusco”, ciudad estratégica para la redefinición de las fronteras. FLACSO Guatemala. Guatemala, 1995.

²⁸ Monzón, Ana Silvia, *Las Viajeras invisibles: Mujeres Migrantes en la Región Centroamericana y el sur de México*, Consejería de Proyectos, Guatemala, 2006

²⁹ *La Infancia Cuenta 2017*, REDIM con base a datos de CONEVAL 2016

³⁰ *La Infancia Cuenta 2017*, REDIM con base a datos de CONAPO 1990-2010, 2010-2030

³¹ Encuesta Intercensal 2015, INEGI

³² Melel Xojbal AC y Colectivo de Mujeres de San Cristóbal de Las Casas, (COLEM)

³³ *Ibid*

acompañados; de enero a febrero del año 2019 han habido 5121 detenciones y 3692 deportaciones.³⁴

En los casos de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito, la Procuraduría de Protección, ha sido omisa en el cumplimiento de las funciones que marca la LGDNNA y su homóloga estatal, para determinar, coordinar la ejecución y dar seguimiento a las medidas de protección especial, además de representar, proteger y defender legalmente a la niñez.

Es imposible el acceso a servicios de salud oportunos y de calidad, a la impartición de la justicia, y a condiciones que permitan la superación de la pobreza que marca la cotidianidad de las familias indígenas de la frontera sur de Chiapas esto se debe a la falta de voluntad política, a instituciones débiles y al ejercicio discrecional y opaco del presupuesto público.

La UNICEF ha sostenido que entre la población indígena, las niñas, niños y adolescentes que sólo hablan una lengua indígena son los que sufren un mayor rezago. Entre estas comunidades, 1 de cada 10 niños y niñas no van a la escuela con regularidad. Por otra parte, aunque sí van a la escuela, la mayoría no recibe clases en su lengua materna lo que les dificulta enormemente el aprendizaje.³⁵

Otro desafío se presenta en relación a la educación de la niñez migrante en Chiapas se cuentan con 29 instituciones educativas para atender a niñas, niños y adolescentes migrantes principalmente de Guatemala, Salvador, Honduras, quienes tienen derecho a los programas que se manejan en la región. En los municipios fronterizos de Tuxtla Chico, Cacahoatán y Frontera Hidalgo, se localizan la mayoría de estos espacios educativos. Los menores migrantes que van de paso con la idea de llegar a los Estados Unidos, estudian de uno a tres años, pero otros se quedan y concluyen estudios de nivel superior.

Un ejemplo del servicio educativo es la telesecundaria 1415 “José Francisco Blake Mora” fundada en 2012 siendo la única binacional en su tipo existente en la Frontera Sur del país, atendiendo a jóvenes de Guatemala, El Salvador y Honduras, aparte de los nacionales, con base a los acuerdos educativos que existen con las autoridades centroamericanas. En esta escuela se atiende a los menores sin importar su nacionalidad y lo único que se pide es el deseo de superación, aunque muchas veces la falta de recursos o de oportunidades en sus lugares de origen les impide hacerlo.

Cabe mencionar que en el caso de los alumnos de otras naciones que culminaron su educación secundaria, pueden regresar a sus lugares de origen para continuar sus estudios, ya que la documentación que reciben cuenta con validez oficial en su país.³⁶

³⁴ Estadísticas 2018, Secretaría de Gobernación (SEGOB) – Unidad de Política Migratoria

³⁵ UNICEF Inclusión educativa, *programas*, 2019, <https://www.unicef.org/mexico/inclusi%C3%B3n-educativa>

³⁶ Cuarto Poder, Egresos generación de telesecundaria binacional, julio 10 2018, disponible en <https://www.cuartopoder.mx/chiapas/egresa-generacion-de-telesecundaria-binacional/250696>

No obstante existen escuelas indígenas y comunitarias que, además de carecer de recursos para el mantenimiento de sus instalaciones y equipo escolar, no cuentan con ningún docente que hable las lenguas maternas de los estudiantes, por lo que las clases se imparten en un segundo idioma como el español. Como consecuencia, 1 de cada 10 adolescentes que sólo habla una lengua indígena y está en edad de asistir a la preparatoria o al bachillerato aún cursa la primaria o secundaria.³⁷

Ante los retos descritos, existen al menos dos acciones fundamentales que urge emprender, para garantizar las condiciones para la supervivencia y desarrollo de todas las niñas, niños y adolescentes de Chiapas y en lo particular de los indígenas migrantes que se encuentran en la frontera son: la correcta asignación de presupuesto para la operación del Sistema de Protección Integral de las Niñas Niños y Adolescentes (SIPINNA) en los niveles estatal y municipal, así como el fortalecimiento de las Procuradurías de Protección de NNA de los Sistemas DIF.

Un desafío más se presenta con la discriminación por origen étnico, en un informe presentado en noviembre de 2017 en el marco de la visita oficial a México de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos de los Pueblos Indígenas,³⁸ se argumenta que las personas por su condición de etnia y clase reciben malos tratos, ofensas, exclusión, segregación, etc; asimismo que las dependencias gubernamentales e instituciones privadas como los bancos al entregarles apoyos de programas les mantienen haciendo largas filas bajo los rayos del sol o la lluvia, o designando una sola caja para la entrega de dinero, manteniendo la fila en la calle mientras los clientes preferentes que en su mayoría son no indígenas pueden mantenerse al interior sentados. Aunado a lo anterior se niega el acceso de mujeres, niñas, niños y hombres indígenas a ciertos hoteles, restaurantes y tiendas, así como el maltrato y la explotación laboral a trabajadoras(es) en lo general, pero de manera particular es más cruda entre la población indígena.³⁹

Derivado de lo anterior se establece que las mujeres indígenas viven cuatro niveles de discriminación: por ser mujeres, indígenas, pobres y por su origen rural.

Una nueva complejidad se ha presentado de acuerdo al Informe Anual 2018 sobre avances y desafíos para la niñez y la adolescencia en México de la UNICEF, es el aumento del flujo migratorio que genero que la Procuraduría de Protección de Chiapas y a las procuradurías municipales brindaran a 1,065 niños, niñas y adolescentes servicios de protección especial.⁴⁰

³⁷ INEE-UNICEF, *Panorama educativo de la población indígena y afrodescendiente 2017*, INEE-UNICEF, México, 2018.

³⁸ El informe tenía como propósito ampliar la información a la realidad específica del estado de Chiapas

³⁹ Informe sobre la situación de los derechos de los Pueblos Indígenas de Chiapas, noviembre de 2017, pp 18-19, disponible en https://frayba.org.mx/wp-content/uploads/2017/11/171121_Informe-Chiapas_Relatora-de-Pueblos-Indigenas.vf_.pdf

⁴⁰ UNICEF, UNICEF presentó hoy su Informe Anual 2018: Avances y desafíos para la niñez y la adolescencia en México, comunicado de prensa, 7 de mayo de 2019, disponible en <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/unicef-present%C3%B3-hoy-su-informe-anual-2018-avances-y-desaf%C3%ADos-para-la-ni%C3%B1ez-y-la>

UNICEF ha señalado que más de 12,000 personas, entre ellas 3,000 niñas, niños y adolescentes, han cruzado de Tecun Uman, Guatemala, a Tapachula, México, desde el 17 de enero de 2019, por lo que es fundamental garantizar la protección especial para estos niños, particularmente para aquellos que viajan solos. De acuerdo con estadísticas oficiales del gobierno mexicano, más de 30,000 niñas, niños y adolescentes de Honduras, Guatemala y El Salvador estuvieron en centros de detención en 2018.⁴¹

En el mes de abril del 2019 organizaciones no gubernamentales agrupadas en la Red por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en Chiapas (Redias) exigieron al gobierno del Estado de Chiapas la instalación de una mesa permanente de diálogo interinstitucional para la creación de rutas de atención a NNA, en el marco de la crisis humanitaria que se vive en la frontera sur con el actual éxodo migratorio.⁴²

Propuesta para mejorar la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas migrantes en Chiapas. Capacitación al personal de la Procuraduría especial

La Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, se encarga de desarrollar lineamientos y procedimientos para la restitución de sus derechos, precisar qué servicios se requieren y que instituciones deben actuar en cada caso atendido para asegurar dicha restitución de manera integral.

La protección integral incluye atención médica y psicológica, seguimiento a las actividades académicas y entorno social y cultural, además de la inclusión, en su caso, de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes en las medidas de rehabilitación y asistencia.

El equipo de caso de la Procuraduría se constituye como garante de la restitución integral de derechos de cada NNA, porque se asegura que estén recibiendo todos los servicios que requieren, durante el tiempo necesario y en la medida adecuada. Está en contacto con la NNA y su familia, y puede detectar situaciones en las que se están vulnerando sus derechos. Se articula con las instituciones del Estado para trabajar como grupos multidisciplinarios hasta lograr que se ejecuten las medidas de protección especial y restitución integral, es decir, para que se brinden las acciones especializadas (salud, educación, protección social, procuración y administración de justicia, cultura, deporte) y todas las necesarias en cada caso para que NNA accedan a sus derechos.

⁴¹ UNICEF. Alrededor de 3,000 niños migrantes han cruzado de Guatemala a México desde mediados de enero, *comunicado de prensa*, 30 de enero 2019, disponible en <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/alrededor-de-3000-ni%C3%B1os-migrantes-han-cruzado-de-guatemala-m%C3%A9xico-desde-mediados>

⁴² Conformada por Aldeas Infantiles SOS México en Chiapas, Alianza por la Salud, Alimentación y Nutrición en Chiapas (ASAN), Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C., Chantiik Taj Tajinkutik A.C., Desarrollo Educativo Sueniños A.C., Foro para el Desarrollo Sustentable A.C., Melel Xojobal A.C., Tierra Roja Cuxtitlil Centro Comunitario A.C., Voces Mesoamericanas. Acción con Pueblos Migrantes A.C. y World Vision México

Deben representar, proteger y defender legalmente a NNA. Se acerca a NNA y sus familias, así como a quienes estén encargados de ejecutar medidas de protección especial para dar seguimiento a todas aquellas que fueran incluidas en el plan de restitución de derechos, para asegurar que se cumplan y que quienes las ejecutan actúen de manera oportuna y articulada. Consta que todos los derechos vulnerados o restringidos estén garantizados y cuando éste sea el caso, cierra el caso.

En el caso de Chiapas la instancia encargada se denomina Procuraduría de Protección de Niñas, Niños, Adolescentes y la Familia y al igual que la Procuraduría Federal, en lo que respecta a la determinación, coordinación y seguimiento de medidas de protección especial, logran estar en contacto con las familias y NNA.

Cuenta con oficinas regionales para tener espacios cerca de las localidades, municipios o ciudades que les corresponda atender, como una medida necesaria de desconcentración, a efecto de lograr la mayor presencia y cobertura posible.⁴³

La ley obliga a los municipios de Chiapas a contar con un área o servidores públicos que fungirán como autoridad de primer contacto con NNA y serán el enlace con las instancias locales y federales competentes, para trabajar en coordinación con la Procuraduría Local, especialmente en el momento de la detección de casos. Se pide a los municipios además contar con un programa de atención y sus propios Sistemas de Protección por medio de los cuales se coordinará a los servidores públicos municipales cuando en la operación, verificación y supervisión de las funciones y servicios que les corresponden, detecten casos de violación a los derechos contenidos en la Ley, a efecto de que se dé vista a la autoridad competente.

El Programa Estatal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (PROESPINNA) no está claramente considerado en el Plan Estatal de Desarrollo 2019-2024 de Chiapas lo que implicaría que los objetivos y estrategias en favor de los derechos de niñas, niños y adolescentes quedarían nuevamente fuera de la agenda estatal.

Esto representa dificultades para detener y revertir condiciones que afectan el buen vivir de los más de dos millones de niñas, niños y adolescentes que viven y transitan en la entidad. Por lo anterior se necesitan acciones urgentes en el marco de las competencias de los tres niveles de gobierno.

Como es la incorporación del PROESPINNA, aprobado en noviembre de 2018, en el Plan Estatal y los Planes Municipales de Desarrollo y asignar recursos para su adecuada implementación.

También se requiere impulsar la instalación y funcionamiento de los 124 Sistemas Municipales de Protección con la participación de actores de la sociedad civil.

⁴³ Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes artículo 124°.

Observar y respetar el principio del interés superior en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez y en todas las decisiones y actuaciones del Estado.

Generar las condiciones, los espacios y los mecanismos para que niñas, niños y adolescentes sean escuchados y tomados en cuenta para la formulación del Plan Estatal de Desarrollo y en la toma de decisiones sobre todos los asuntos que les afectan.

Fortalecer las Procuradurías de Protección a nivel estatal y municipal garantizando que cuenten con recursos técnicos, financieros y operativos y un adecuado seguimiento. En este sentido para mejorar las políticas públicas en la materia en los municipios fronterizos con población indígena de Chiapas se propone generar programas de capacitación al personal de dichas instituciones pertinentes a la realidad que se vive en esa región.

Se trata de diseñar un programa de capacitación de carácter social con temas que amalgamen la interculturalidad con los principios que rigen la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, de forma que se propicie y desarrolle la convivencia en la diversidad cultural.

Lo anterior requiere integrar campos del ser, el saber, el hacer y el convivir mediante conceptos, procedimientos, valores y actitudes que orienten la enseñanza y el aprendizaje de las fuentes mismas de los sistemas normativos de los pueblos originarios de México en general, y, en lo particular, de las comunidades en las que conviven y dialogan todos los días; definiendo así su identidad cultural e impulsando el respeto, la gestión e interacción de las diferencias.

Quien pertenece a un pueblo originario se encuentra en un plano de coexistencia entre al menos dos sistemas jurídicos, el hegemónico o estatal y el interno o propio del pueblo originario; en tales circunstancias se requiere entender al derecho como un producto de la constante intersección de diferentes órdenes legales que regulan al mismo tiempo las mismas conductas.⁴⁴

El pluralismo legal o interlegalidad es una alternativa que deja a un lado la mera coexistencia de diferentes sistemas normativos en un mismo espacio político, y se orienta hacia el análisis de la existencia de diferentes espacios legales superpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes tanto como en nuestras acciones legales.⁴⁵

Es una intersección de diferentes órdenes legales en los que existe una relación entre el pluralismo jurídico y el pluralismo cultural que en sociedades que han pasado por procesos de colonización como el caso de las latinoamericanas son más dicentes, debido a que en un espacio determinado se hallan distintas

⁴⁴ Santos, Boaventura de Sousa, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, núm. 14, 1987, pp. 279-302.

⁴⁵ *Idem*

culturas con su propia Teoría del Derecho y pluralismo jurídico con sus respectivas prácticas jurídicas o regulativas.⁴⁶

Por lo expuesto no es fácil para los ciudadanos, organizaciones sociales, actores políticos, servidores públicos, abogados y jueces adoptar un concepto más amplio de derecho que, al reconocer la pluralidad de órdenes jurídicos, permita desconectar parcialmente el derecho del Estado y reconectarlo con la vida y la cultura de los pueblos.⁴⁷

En esas circunstancias no se puede considerar democrático aquel Estado que desconozca o combata los sistemas alternativos, pues equivale a excluir a las minorías y diferencias, dado que la finalidad de la democracia no es incorporar esos grupos se trata de organizar la convivencia con ellos, eso solo se admite con la alternatividad de sistemas legales distintos.⁴⁸

Desde lo político, se sostiene que el pluralismo jurídico es un proyecto emancipatorio que pretende ayudar a consolidar una democracia coherente en América Latina, basándose en una visión no instrumentalista del Derecho, según la cual, las estructuras sociales y sus respectivos actores se encuentran en permanente cambio de influencias y continúa reacomodación, lo que hace posible la reconstrucción crítica del mundo jurídico hacia una reordenación de carácter político.⁴⁹

En el caso de los sistemas jurídicos indígenas, el pluralismo jurídico resulta ser una oportunidad para que en los Estados se les permita funcionar eficazmente ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a éstos.

El traslado de la interlegalidad a un programa de capacitación dirigido al personal de la Procuraduría de Protección de los niños, niñas y adolescentes y la familia del estado de Chiapas les aportará una formación integral que considera el saber hacer y el saber ser, conocimientos básicos de diversidad cultural y lingüística, así como las actitudes y la disposición para la construcción de conocimiento desde perspectivas diferentes, y el diálogo y las habilidades para la investigación, el análisis crítico y la construcción del diálogo intercultural.

Algunas de las áreas de oportunidad que se proponen para el programa de capacitación son las siguientes:

Taller de diálogo intercultural. Con el objetivo de promover un proceso de interlocución y aprendizaje en reciprocidad, favoreciendo las condiciones para la integración de saberes derivados de culturas diversas, las cuales se enriquecen unas a otras.

⁴⁶ *Ibidem*, p.

⁴⁷ Santos, Boaventura Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del sur*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010, p.107

⁴⁸ Correas, Oscar. "Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico", *Sociología del Derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos*, México, UNAM, 2010,

p. 78
⁴⁹ Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, Editorial Colegio de México, México, 1998. p. 15.

Derecho a la identidad cultural. Con la intención de reflexionar acerca de la coexistencia de diferentes culturas, cada una con su propia lengua, tradición, religión, cosmovisión y sistema normativo, toda vez que cada pueblo o comunidad cuenta con un esquema propio de valores. Los anteriores factores deben ser tomados en cuenta para promover el respeto a las diferencias.

Patrimonio cultural de los pueblos originarios de México. Con la intención de incorporar los saberes diversos de los pueblos originarios, entendidos como el conjunto de conocimientos prácticos, experimentales y reflexivos que se transmiten por generaciones, mediante un mecanismo de pedagogía comunitaria, a los contenidos de la ciencia del derecho.

Cosmovisión de los pueblos originarios. Con la finalidad de estudiar los diferentes aspectos que determinan en los pueblos y las comunidades originarias la forma de ver y entender el mundo que los rodea.

Lengua originaria. Con el objeto de establecer comunicación directa con los individuos hablantes de otra lengua originaria, logrando, con ello, entender los saberes de los pueblos y las comunidades desde otra visión.

Derivado de este programa de capacitación será probable en corto tiempo elaborar protocolos de actuación para intervenir en la protección de los niños, niñas y adolescentes indígenas en sitios fronterizos con el fin de asegurar la protección de sus derechos.

De igual manera será posible implementar y fortalecer medidas para cumplir con el deber de actuar con debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las niñas, niños y adolescentes indígenas, incluyendo esfuerzos concretos para cumplir con las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones de los derechos humanos y considerar los agravantes correspondientes dada la edad de la víctima.

Reflexiones finales

Se ha demostrado lo complejo que resulta brindar protección efectiva a las niñas, niños y adolescentes indígenas migrantes en la frontera sur en atención a la propia diversidad cultural, dado que los menores migrantes indígenas que ingresan a México además de traer consigo la problemática propia de la migración, comparten de inmediato la desatención que existe respecto a la niñez y adolescencia en las políticas públicas operadas por el gobierno federal y local, aunado al hecho de padecer de discriminación por su origen étnico.

Es urgente diseñar estrategias para la protección de los derechos de la niñez y adolescencia migrante indígena en escenarios fronterizos siendo una opción la utilización de criterios de interculturalidad que fortalezcan los principios que guían las acciones de los gobiernos federal, local y municipal.

La identidad diferenciada de la niñez indígena genera una carga para los Estados, que se traduce en la implementación de todas las medidas adecuadas y necesarias dirigidas a promover y proteger el derecho de estos a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión, idioma y en su propio territorio.

Esa protección especial que gozan los niños y niñas indígenas se debe reflejar en los procedimientos administrativos y judiciales. Por lo anterior, los Estados deben adoptar medidas apropiadas, de orden administrativo, legislativo y de otra índole, hasta el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad a los derechos de los niños.

Desde la década de los ochenta del siglo pasado la frontera sur de México ha cobrado importancia estratégica en lo particular el estado de Chiapas se convirtió en centro de atención debido a su ubicación geopolítica y en los noventa por el movimiento zapatista en su territorio.

En los 19 municipios de la entidad que son fronterizos habitan Pueblos Indígenas fundamentalmente de origen maya; algunos de ellos provenientes de Guatemala. Por lo anterior estos pueblos se encuentran en ambos lados de la frontera y por ende deben acatar las reglas de al menos dos sistemas normativos de carácter nacional, uno local y el propio, este último en virtud del reconocimiento que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde la reforma del 2001 hace al autogobierno y a la autodeterminación de dichos colectivos.

En Chiapas, el 40% de la población son niñas, niños y adolescentes. 3 de cada 10 hablan una lengua indígena. El 82% del total de personas menores de 18 años vive en pobreza.

Precisamente esos altos índices de pobreza y corrupción en el Estado comprometen gravemente el cumplimiento de los derechos a una vida sana y agravan uno de los índices de mortalidad infantil más altos del país.

Por otro lado en los casos de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito, la Procuraduría de Protección, ha sido omisa en el cumplimiento de las funciones que marca la LGDNNA y su homóloga estatal, para determinar, coordinar la ejecución y dar seguimiento a las medidas de protección especial, además de representar, proteger y defender legalmente a la niñez.

Es imposible el acceso a servicios de salud oportunos y de calidad, a la impartición de la justicia, y a condiciones que permitan la superación de la pobreza que marca la cotidianidad de las familias indígenas de la frontera de Chiapas con falta de voluntad política, una institucionalidad frágil, y el ejercicio discrecional y opaco del presupuesto público.

La asignación de presupuesto para la correcta operación del Sistema de Protección Integral de las Niñas Niños y Adolescentes (SIPINNA) -tanto a nivel estatal como municipal- así como para el fortalecimiento de las Procuradurías de

Protección de los Sistemas DIF, son acciones fundamentales e impostergables, para garantizar condiciones para la supervivencia y desarrollo de todas las niñas, niños y adolescentes.

Todas las formas de violencia y discriminación contra los pueblos indígenas afectan de manera particular y diferenciada a la infancia. Se debe impulsar la instalación y funcionamiento de los 124 Sistemas Municipales de Protección con la participación de actores de la sociedad civil y que se fortalezcan las Procuradurías de Protección a nivel estatal y municipal, garantizando que cuenten con recursos técnicos, financieros y operativos y un adecuado seguimiento.

La implementación del PROESPINNA, aprobado en noviembre de 2018, la incorporación del tema en el Plan de Gobierno Estatal y en los Planes Municipales de Desarrollo en 2019 ha sido un avance, sin embargo se requiere de una mejor respuesta de los tres niveles de gobierno como lo es fortalecer las Procuradurías de Protección a nivel estatal y municipal garantizando que cuenten con recursos técnicos, financieros y operativos y un adecuado seguimiento. En este sentido para mejorar las políticas públicas en la materia en los municipios fronterizos con población indígena de Chiapas se propone generar programas de capacitación al personal de dichas instituciones pertinentes a la realidad que se vive en esa región.

Diseñar un programa de capacitación de carácter social con temas que amalgamen la interculturalidad con los principios que rigen la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, de forma que se propicie y desarrolle la convivencia en la diversidad cultural.

El traslado de la interlegalidad a un programa de capacitación dirigido al personal de la Procuraduría de Protección de los niños, niñas y adolescentes y la familia del estado de Chiapas les aportará una formación integral que considera el saber hacer y el saber ser, conocimientos básicos de diversidad cultural y lingüística, así como las actitudes y la disposición para la construcción de conocimiento desde perspectivas diferentes, y el diálogo y las habilidades para la investigación, el análisis crítico y la construcción del diálogo intercultural.

Bibliografía

Libros y artículos

- ÁNGELES CRUZ, HUGO, "Trabajadores agrícolas de Guatemala en Chiapas", *Revista ICHAN TECOLOTL*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Junio 2019
- ARRIOLA, AURA MARINA, Tapachula "la perla del Soconusco", ciudad estratégica para la redefinición de las fronteras. FLACSO Guatemala. Guatemala, 1995.
- CHIAPAS PARALELO, Conmemorarán dos años del desplazamiento forzado del Eji- do Puebla de Chenalhó con Foro Cultural, *Chiapas paralelo*, 22 de mayo del 2018, disponible en <https://www.chiapasparalelo.com/noticias/chiapas/2018/05/>

- conmemoraran-dos-anos-del-desplazamiento-forzado-del-ejido-puebla-de-chenalho-con-foro-cultural/
- COELLO TERESA y Duarte Rolando, La decisión de Marcharse Los pueblos indígenas migrantes de Guatemala y Chiapas , Inter Pares de Canada Consejería en Proyectos , Guatemala, 2007, pp. 51 - 73
- CONAPO La Infancia Cuenta 2017
- CONEVAL La Infancia Cuenta 2017
- CORREAS, Óscar. "Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico", Sociología del Derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos, México, UNAM, 2010.
- CUARTO PODER, Egresa generación de telesecundaria binacional, julio 10 2018, disponible en <https://www.cuartopoder.mx/chiapas/egresa-generacion-de-telesecundaria-binacional/250696>
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA, disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/frontera/frontera.htm> (consultada 10 de junio 2019)
- FÁBREGAS Puig, Andrés, Ensayos Antropológicos 1990-1997, México, Gobierno de Chiapas y UNICACH, México, 1997
- _____, Puig, Andrés, Fronteras y colonialismo: una reflexión desde la frontera México-Guatemala, en Antología del ensayo moderno en Chiapas : esbozo de una historia cultural /, México : CONECULTA, , 2018.
- INEE-UNICEF, *Panorama educativo de la población indígena y afrodescendiente 2017*, INEE-UNICEF, México, 2018.
- INEGI, Censo de Población y Vivienda de 2010
- MONZÓN, ANA SILVIA, Las Viajeras invisibles: Mujeres Migrantes en la Región Centroamericana y el sur de México, Consejería de Proyectos, Guatemala, 2006
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Niños y juventud indígena, *Naciones Unidas - Pueblos Indígenas departamento de asuntos económicos y sociales*, 2019, disponible en <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/areas-de-trabajo/ninos-y-juventud-indigena.html>
- _____, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicas, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Consejo de Derechos Humanos 39o periodo de sesiones, 10 a 28 de septiembre de 2018, México, 2019.
- QUINTANA HERNÁNDEZ, Francisca, *Mames de Chiapas*, CDI, 2006 pp. 29-50
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo (2006) "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano". *Revista Internacional Sur*, N° 5, Año 3, pp. 43-69. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf> [fecha de visita: 7 de marzo de 2019]
- SANTOS, Boaventura de Sousa, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, núm.14, 1987, pp. 279-302.
- _____, Boaventura Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del sur*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010.

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, Editorial Colegio de México, México, 1998.

UNICEF, Alrededor de 3,000 niños migrantes han cruzado de Guatemala a México desde mediados de enero, *comunicado de prensa*, 30 de enero 2019, disponible en <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/alrededor-de-3000-ni%C3%B1os-migrantes-han-cruzado-de-guatemala-m%C3%A9xico-desde-miadiados>

_____, *Inclusión educativa, programas*, 2019, <https://www.unicef.org/mexico/inclusi%C3%B3n-educativa>

_____, UNICEF presentó hoy su Informe Anual 2018: Avances y desafíos para la niñez y la adolescencia en México, *comunicado de prensa*, 7 de mayo de 2019, disponible en <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/unicef-present%C3%B3-hoy-su-informe-anual-2018-avances-y-desaf%C3%ADos-para-la-ni%C3%B1ez-y-la>

Normatividad nacional e internacional

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Generales N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003.

_____, Observación General N° 11 (2009) Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. 50° período de sesiones, Ginebra.

_____, Observación General N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 de 20 de julio, Ginebra.

_____, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

CONGRESO DE LA UNIÓN, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

_____, Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) GOBIERNO DEL ESTADO DE CHIAPAS, Plan Estatal de Desarrollo 2019-2024 Chiapas.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Convención Americana de los derechos Humanos.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Convención de los Derechos del Niño (CDN)

_____, Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (DNPI).

_____, Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP),

_____, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC)

_____, Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía.

_____, Protocolo Facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales

“El Acceso a La Justicia de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes en el Estado de Chiapas”

Luis Manuel Martínez Vela

Introducción

La situación que viven las niñas, niños y adolescentes migrantes (NNA) que llegan a nuestro país para permanecer en él, transitar, o bien que parten del mismo, resulta alarmante frente a las políticas públicas encaminadas a restringir su acceso al Estado mexicano, que se han intensificado como resultado de las directrices impuestas por Estados Unidos a fin de detener el flujo de migrantes a su territorio. De manera cotidiana apreciamos en distintos medios de comunicación, vulneraciones graves a los derechos fundamentales de la niñez migrante, sometiéndola a condiciones que atentan contra su dignidad, lesionando su integridad personal, privándolos de la posibilidad de establecerse en un lugar donde puedan ejercer libremente sus derechos y desarrollarse plenamente en una etapa que resulta sensible para la construcción psico-biofísica de la persona.

El presente documento constituye un esfuerzo por evidenciar a través de la reflexión, la trascendencia que tiene el acceso a la justicia para la niñez migrante. En esta lógica, partiré de las directrices jurídicas vigentes en el Estado mexicano en materia de migración, a fin de identificar su observancia en Chiapas. Esta entidad federativa guarda un papel protagónico en materia de migración, toda vez que anualmente tiene lugar el ingreso a través de su territorio de miles de NNA provenientes en su mayoría de Centroamérica, convirtiéndose asimismo en el punto de origen de niñez migrante hacia el norte del país y los Estados Unidos. Frente a las vulneraciones que experimenta la niñez de manera habitual durante la migración, el acceso a la justicia surge como herramienta capaz de hacer posible la justiciabilidad de los derechos fundamentales. Sin embargo, su implementación en el ámbito material no tiene verificativo para muchos NNA, volviéndose un elemento distante, lejano a la realidad que prevalece para la niñez que migra sin documentos en busca de un escenario distinto.

Con base en lo anterior, haré énfasis por un lado en el catálogo de instrumentos, jurisprudencia, directrices y principios jurídicos existentes en materia

de acceso a la justicia, migración y niñez, para posteriormente abordar el papel que tienen los operadores judiciales en su aplicación e interpretación. La situación que actualmente vive México en materia de migración, y de manera particular Chiapas, conmina a proponer medidas encaminadas a salvaguardar los derechos de la niñez migrante. El acceso a la justicia demanda operadores judiciales sensibles a la dinámica de la migración, a las necesidades y características particulares de las NNA, procurando resoluciones que tutelen de manera puntual sus derechos, brindando certeza ante las transgresiones que sufren a lo largo de su recorrido por nuestro país, el cual inicia en muchos casos, en la frontera sur.

El Contexto General de las Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes en la Frontera Sur de México

La ubicación geográfica, el vínculo económico, político e histórico entre México y Estados Unidos, han convertido a nuestro país en lugar de origen, tránsito, destino y retorno de NNA migrantes. En esta lógica, la migración constituye una oportunidad para alcanzar un destino donde las aspiraciones personales pueden concretarse, brinda la posibilidad de escapar de la realidad en la que se encuentran. En este transcurso, la niñez migrante pasa por distintas vicisitudes,¹ las cuales como abordaré, pueden impactar y dañar severamente la esfera jurídica fundamental de las NNA, no obstante, subsista la obligación de los Estados de tutelar plenamente sus derechos.

México al emprender un proceso migratorio, tratándose de NNA debe hacer énfasis en salvaguardar sus derechos fundamentales a la luz del interés superior; principio que subyace como eje rector en todas las consideraciones que se lleven a cabo respecto de la niñez. En otras palabras, el acceso a la justicia y los derechos vinculados con ella, tales como el derecho de audiencia, el debido proceso, así como la legalidad y seguridad jurídica, el derecho a un recurso efectivo, así como aquellos vinculados con la migración, reconocidos en la Constitución Política mexicana, los instrumentos y jurisprudencia nacional e internacional, deben hacerlo tomando en cuenta dicho principio rector.

Dicho lo anterior, en el presente documento identificaré la trascendencia que tiene el acceso a la justicia para la niñez migrante que ingresan de manera irregular a México a través de la frontera sur. Sin embargo, antes de continuar,

¹ Los NNA-Migración se ubican en una situación de extrema vulnerabilidad, no solamente porque sufren en sus países de origen, sino también porque la enfrentan en el camino que recorren en donde se encuentran a merced de los posibles abusos de diversos agentes estatales, así como del crimen organizado. Su tránsito en México como territorio de acogida o de paso, presenta las mismas amenazas que cualquier persona en situación migratoria irregular, sin embargo, su vulnerabilidad es mayor en tanto se encuentran en una etapa de desarrollo personal.

ColDH, Opinión consultiva OC-21/24 “Sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” Corte Interamericana de Derechos Humanos Publicada el 19 de agosto de 2014, párr. 35. Consultada [16 de mayo de 2019] Disponible en: <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>

abordaré brevemente la terminología que refiere con mayor sensibilidad y acierto a la niñez que migra de manera irregular. En esta lógica emplearé el término “niñez”, o “NNA migrante”, y no el de “menor”, comprendiendo a todas aquellas personas que no cumplen aún los 18 años, las cuales “se encuentran fuera de su país de origen, o nacionalidad, para trabajar o reunirse con su familia, o cambiar de residencia de manera temporal o definitiva, y que tienen una condición migratoria irregular, ya sea que se encuentren acompañados o no, por un familiar”.²

En esta lógica la voz “NNA”, o bien la de “niñez”, de acuerdo con los tratados internacionales en la materia,³ resulta más afortunada que la de “menor”, toda vez que ésta puede trascender de manera desfavorable, al implicar una referencia unilateral, ya que dicha expresión, (la de “menor”) puede asumirse o interpretarse como una relación de supra subordinación entre un adulto y las NNA, en tanto la de “niñez”, apela a considerarlos como personas capaces de gozar de los derechos fundamentales.⁴ Asimismo, es oportuno mencionar que al referirse a la niñez, primero debemos de hacerlo como NNA, y posteriormente como personas migrantes, ya que el estatus migratorio cambia de acuerdo con los parámetros que fija cada Estado. En otras palabras, “Un niño es niño ante todo, su calidad de extranjero o aún más de migrante irregular, es algo

²Ortega Velázquez, Elisa, *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: Entre el control y la protección*, México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm., 142, enero-abril de 2015, p. 188.

³En el ámbito internacional existen varios instrumentos que refieren a este grupo de personas como “niños”, tal es el caso de: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 entre otros documentos internacionales.

⁴Es por ello indispensable descubrir lo que describe nuestra forma de referirnos a niñas, niños y adolescentes. A través del lenguaje se construyen relaciones de poder, y en el caso de las personas menores, una condición de incapacidad. El vocablo menor refleja una situación relacional en la que siempre habrá un mayor, por la que a primera vista parece desaconsejable su uso, y es precisamente ésta la primera de una serie de razones que motivan la argumentación a favor de cambiar esta denominación fuertemente arraigada en el léxico jurídico.

El término menor [...] en el derecho es utilizado como sustantivo, tanto en la doctrina como en la legislación de habla hispana. Este término es el más frecuente – o por lo menos solía serlo hasta que hace muy poco tiempo- en el ámbito jurídico, tanto en las normas jurídicas como en el medio jurisdiccional. En ocasiones se utiliza más bien como una abreviatura de menor de edad, en tanto expresa una condición.

Al hacer referencia a alguien menor de edad estamos describiendo una circunstancia, un estado en el que se encuentra la persona durante los primeros años de su vida. Se trata de un término eminentemente jurídico, pues claro que se es menor de edad porque no se ha alcanzado la mayoría de edad que la generalidad de los sistemas jurídicos modernos prevén como requisito para tener capacidad plena en el ejercicio de los derechos. En realidad, cuando se dice menor de edad se está diciendo persona menor de edad, pues en sí misma esta expresión carece de significación alguna, más que en referencia a describir la situación de la persona al no haber alcanzado la mayoría de edad.

La expresión niña, niño y adolescente [...] es la más utilizada actualmente [...] Las razones no son gratuitas, pues en primer término, niño es la denominación que utiliza la Convención para identificar a sus destinatarios, pero además el término niño se identifica con la transformación de la situación irregular a la protección integral. En los años posteriores a su ratificación, al sistema legal mexicano se han incorporado los términos niña y adolescente para identificar a todos los miembros que componen este grupo de población.

González Contró, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en Pérez Contreras, María de Montserrat, y Macías Vázquez, María Carmen, (Coords) *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*. Colección Publicación electrónica, México, IJ-UNAM, 2011, pp. 35-37

secundario que no debe obstaculizar ninguna de las garantías previstas para los niños, quienes forman parte de un grupo social muy vulnerable”.⁵

Es indispensable abordar y acentuar el uso del término NNA migrantes, sin el apelativo “ilegales”, toda vez que el término “irregulares” resulta menos lascivo, designarlos como “ilegales” constituye una referencia que estigmatiza con base en su estatus migratorio, vinculándose con la comisión de delitos.⁶ “Se debería evitar el uso del término *ilegal* para referirse a los migrantes y a la migración, por sus connotaciones negativas asociada a la criminalidad y en [...] que todo ser humano tiene derecho, en todas partes al reconocimiento su personalidad jurídica”.⁷

Dicho lo anterior, pondré en contexto en primera instancia el flujo de NNA migrantes en México, para hacerlo posteriormente en el Estado de Chiapas a través de algunas cifras que comprenden la última década. Respecto a los NNA que migraron sin la compañía de un adulto a México en 2011, sumaron 4,129 (mismos que fueron enviados a su país de origen) en tanto que en 2013 fue de 8,350 lo que constituye un aumento de 102%.⁸ En este tenor, en el periodo comprendido entre 2007 a 2013 el Instituto Nacional de Migración (INM) ubicó 90,146 casos de NNA devueltos a México, los cuales migraron sin la compañía de un adulto a Estados Unidos. Estos números no concuerdan con los 106,978 casos que reporta la Secretaría de Relaciones Exteriores para el mismo periodo.⁹ En tanto que “En ese mismo lapso en la frontera sur, el INM reportó 21,417 eventos de retorno asistido de niñas, niños y adolescentes que viajaban sin compañía de un adulto”.¹⁰

De las “88,741 personas extranjeras presentadas hasta noviembre de 2017, 16,694 fueron niñas, niños y adolescentes, de los cuales 6,866 eran niñas, niños y adolescentes no acompañados”.¹¹ Es decir, “En 2017, se identificaron alrededor de 18,300 niñas y niños migrantes en México, de los cuales más de 7 mil viajaban sin la compañía de un adulto”.¹² En la última década, de la totalidad de NNA que ingresan a nuestro país a través de la frontera sur, la mayoría tienen su origen en países de Centroamérica. Según datos de la CNDH en 2017, de la

⁵ Ortega Velázquez, Elisa Ortega, *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*, Op., Cit., Nota 2, p.190

⁶ El término irregular, incluso resulta compatible con la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios, en esta lógica, en el Simposio Internacional sobre Migración que tuvo lugar en Bangkok, se extendió la recomendación para aplicar la expresión irregular para comprender el ingreso, salida y retorno de las personas a un territorio determinado, las cuales no han llevado a cabo los procedimientos migratorios requeridos por el Estado. *Idem*.

⁷ Unión Interparlamentaria, Migración, derechos humanos y gobernanza. *Manual para Parlamentarios número 24*, trad. de Fernando Pucho, Francia, Unión Interparlamentaria-Organización Internacional del Trabajo-Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2015, p. 20.

⁸ Alianza MX, *Garantía de derechos de niñas, niños y adolescentes. Miradas al Estado mexicano. Informe alternativo al cuarto y quinto informe consolidado sobre el cumplimiento de los derechos del niño en México*, México, Alianza Mx, 2014, p. 89.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ CNDH, *Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes*, México, CNDH, 2018, s.n.p.

¹² Las autoridades migratorias detectaron 18,300 niñas y niños extranjeros (provenientes del Triángulo Norte de Centroamérica: Guatemala, Honduras y El Salvador) en territorio mexicano. De ellos, 16,162 fueron retornados a su país de origen) Datos de la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación, Protección a la niñez y adolescencia, Programa Protección a la Infancia, UNICEF, 2017, s.n.p.

suma de NNA que son presentados ante la autoridad migratoria en México, más del 95% provienen específicamente de Guatemala con 8,364 NNA, de Honduras 5,066 del Salvador 2,540, en tanto que de otros países procedían 724, para arrojar un total de 16,694 NNA.¹³

Chiapas constituye la entidad federativa a través de la cual ingresa el mayor número de NNA migrantes centroamericanos, volviéndose el destino de muchos de ellos. Asimismo es un Estado del cual migran NNA hacia el norte de México y Estados Unidos.¹⁴

*El caso de Chiapas refleja con nitidez tanto la diversidad de situaciones que afectan a diferentes categorías de NNA como la magnitud de los desafíos en torno a sus derechos. Con un foco particular en la región del Soconusco (y dentro de ésta, la ciudad de Tapachula) [...] niños chiapanecos que migran hacia Estados Unidos o retornan de allí, así como los NNA migrantes (solo o con sus familias) que son detenidos en la Estación Migratoria Siglo XXI luego de ser interceptados en alguna parte del territorio mexicano, para luego -en la casi totalidad de los casos- ser repatriados a sus países de origen.*¹⁵

De esta forma, el 80% de los NNA migrantes detenidos en el primer semestre de 2014, (los cuales sumaron aproximadamente 6,462) fueron ubicados en sólo cinco estados de México. “La entidad donde se detuvo a la mayor cantidad fue en Chiapas con 2,922 a los que le siguieron Veracruz con 1,318 Tabasco con 1,065; Oaxaca con 629, y Tamaulipas con 528”¹⁶ Ingresar a México de manera irregular, da lugar a un sin número de vejaciones. Muchos de los NNA que migran, lo hacen para superar su condición actual, llevándolos a ellos y a sus padres o familiares a dejar su hogar, conduciéndoles a evitar los controles migratorios, toda vez que cumplir con éstos, conlleva un costo (requisitos que en la mayoría de los casos supera sus posibilidades materiales). De acuerdo con el principio de universalidad que atañe a los derechos fundamentales, el ejercicio de la libertad de tránsito de los NNA que migran debe ser garantizada, de lo contrario, las aspiraciones de la niñez se extinguen frente a los excesos que se producen por los operadores del Estado, los instrumentos de tutela específicos emergen así, como herramientas indispensables, deteniendo y sancionando abusos en materia de migración.

La frontera sur de nuestro país se ha estrechado, superando la capacidad material, técnica y profesional de los operadores migratorios, trayendo consigo una aplicación desordenada de los parámetros y directrices normativas que deben prevalecer en la identificación y tratamiento de la niñez migrante. La

¹³ *Idem.*

¹⁴ Cfr. González Pérez, Luis Raúl, [Introducción] *Migrantes. Voces, rostros y sueños compartidos*. México, CNDH, 2016, pp. 11, 12, 13 y 102.

¹⁵ Center for Gender and Refugee Studies UC Hastings y Universidad Nacional de Lanus, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, trad. de Juan Luis Guillen, et. al., EUA-Argentina, 2015, p. 33.

¹⁶ Pérez Fuentes, Gisela, *La protección de los niños migrantes en México: una falacia*, España, Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, número 17, junio 2014, p. 105.

implementación de estas políticas tiene como propósito fundamental, impedir el ingreso de personas migrantes irregulares, entre ellas NNA, mediante procedimientos arbitrarios, negando entre otros, el acceso a la justicia, vulnerando con ello sus derechos sustantivos, adjetivos, y el principio de no devolución.¹⁷

México no es el único país que ha instrumentado medidas restrictivas, esto no justifica la transgresión a los derechos humanos, mucho menos tratándose de la niñez, por el contrario, resalta una tendencia global en materia de migración. “En los últimos años, en muchos países y regiones del mundo se ha adoptado una serie de medidas -acuerdos de readmisión, excepciones de países seguros, operaciones de expulsión y no admisión, y la creación en territorio nacional de zonas de excepción legal en las que prevalece la presunción de no admisión- que debilitan o impiden el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes”.¹⁸

En esta lógica, un mecanismo empleado para impedir el ejercicio de los derechos humanos, particularmente el acceso a la justicia con motivo de los procesos migratorios, se sustenta en la preservación de la “seguridad nacional”.¹⁹ Estados Unidos por ejemplo, utiliza dicho argumento con estos fines de manera particular, impidiendo el ingreso a su país, transgrediendo entre otros, el derecho al asilo o el refugio.²⁰ Negar el ingreso con base en la “seguridad nacional” afecta la instrumentación del derecho al debido proceso, al no permitir la interposición de recurso alguno que detenga la expulsión. El “orden” y la “salud pública”²¹ también constituyen directrices bajo las cuales se pretenden legitimar ¹⁷ El principio de no devolución (non-refoulement) está establecido en la Convención Americana en el artículo 22 (8), según el cual “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión o condición social o de sus opiniones políticas. El principio de no devolución implica que “Ningún Estado Contratante podrá expulsar ni devolver de manera alguna a un refugiado a un territorio dentro de cuyas fronteras su vida o libertad puedan correr peligro en virtud de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política” de la manera estipulada en el artículo 33 (1) de la Convención de 1951.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo XII, *El principio de no devolución, en Movilidad Humana*. [Estándares interamericanos], *Derechos humanos de los migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, EU, CIDH, 2015, p. 221.

¹⁸ Asamblea General, ONU, *Promoción y protección de los derechos humanos: cuestión de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, [Versión anticipada editada] A/73/178, EU, 26 de julio de 2018, p.12.

¹⁹ Durante los últimos años, las políticas de migración y de seguridad parecen estar cada vez más estrechamente relacionadas. A partir de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos -la migración ha ocupado un lugar cada vez más relevante en las políticas de seguridad, bajo el argumento de prevenir la entrada de posibles terroristas-. Este proceso, que se denomina “securitización de la migración” es particularmente visible en Estados Unidos y se ha extendido a las políticas migratorias de México y Centroamérica. Armijo, Natalia, *Introducción. Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, CADESE, 2011, p.5.

²⁰ En la Opinión Consultiva 21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” [OC 21/14] la Corte planteó que sólo es posible asegurar la protección internacional admitiendo a un potencial solicitante del estatus de refugiado en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, con miras a lograr una solución duradera a favor de la persona.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR)-Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 3. *Ficha técnica sobre el derecho a la no devolución y no expulsión*. Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 22.6, 22.8 y 22.9, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 13, ACNUR-CEJIL, 2018, p.5

²¹ En el corto plazo puede existir la tentación de centrarse en la seguridad después del 11 de septiembre de 2001: pero la presencia de asuntos de seguridad relacionados con temas de salud, cambios poblacionales, aumento de migraciones en condiciones de vulnerabilidad, deterioro de recursos, crimen organizado y temas de identidad y gobernabilidad continuará

procesos arbitrarios que no brindan la posibilidad de hacer valer las garantías de los derechos humanos. No obstante, estos parámetros deben encontrar sustento jurídico, toda vez que dichas restricciones a los derechos fundamentales, no pueden ir más allá de su esencia, dando lugar a una transgresión sin reparos.

Los Principios de Siracusa Sobre Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, sostienen que: “Solamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando estas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza”.²² De esta forma “No se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público”.²³ Bajo esta premisa, impedir el acceso a los NNA migrantes se encuentra injustificado, toda vez que “No se podrá utilizar la seguridad nacional como pretexto para imponer limitaciones vagas o arbitrarias y solamente se podrá invocar cuando existan garantías adecuadas y recursos eficaces contra los abusos”.²⁴ Finalmente, “La violación sistemática de los derechos humanos socava la seguridad nacional y puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales”.²⁵

La discrecionalidad y arbitrariedad que puedan generarse con motivo de la substanciación de las acciones y procedimientos de la autoridad migratoria, pueden revertirse a través del acceso a la justicia en conjunto con los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales, abriendo de esta forma la posibilidad de hacer justiciables estos derechos. Las autoridades de nuestro país encargadas de llevar a cabo los procesos migratorios, necesitan hacerse de herramientas para interpretar, aplicar y observar el interés superior de la niñez, a través de la capacitación adecuada en la materia. De esta manera resulta indispensable:

*Generar procesos claros de atención y acompañamiento integral a nivel interno [...] que marque las pautas y los procesos administrativos institucionales, y que brinde certeza del ciclo de atención y resultados a las personas peticionarias: desarrollar un modelo de atención psicosocial que permita mejorar la atención a las personas peticionarias y a su entorno: y asistir, acompañar y asesorar a las víctimas de violaciones a derechos humanos.*²⁶

con importancia creciente.

Armijo, Natalia, *Introducción. Migración y seguridad: nuevo desafío en México, México*, CADESE, *Óp. Cit.*, Nota 19, p. 7.
²² Principios de Siracusa Sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Consejo Económico y Social-Comisión de Derechos Humanos 41º periodo de sesiones, 28 de septiembre de 1984, p. 3. Consultadas el [30 de mayo de 2019] Disponibles en <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf>

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ CDHDF-Oficina de la Defensoría de los derechos de la Infancia, *Informe Anual 2017*, Volumen I, Versión ejecutiva, México, CDHDF-ODDI, 2017, p.11

La ausencia o deficiencia en la capacitación y sensibilización de los operadores que tienen contacto con la niñez, ocasiona distintas vulneraciones a los derechos humanos, tales como la afectación a la libertad de tránsito, la integridad personal, la negación del acceso a la justicia, a las garantías procesales, al ejercicio pleno de la personalidad y al desarrollo multidimensional de los NNA.²⁷

En este tenor, resulta grave que los NNA no sean asistidos jurídicamente en la substanciación de los procesos de carácter migratorio, confinándolos a medidas arbitrarias y unilaterales. La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala que la Procuraduría de Protección de las NNA ejercerá la representación de forma coadyuvante. El artículo 8 de la Ley de Amparo²⁸ vigente indica asimismo, que para los efectos particulares relativos a la interposición del juicio de amparo, atendiendo a su complejidad técnica, aquellos NNA que lo demanden, podrán hacerlo a través del defensor público sin perjuicio de quien detente su representación legal. En este orden de ideas, el siguiente criterio jurisprudencial, señala algunas de las directrices que dan lugar a dicha “representación especial” en materia del juicio de amparo:

Es por ello que la finalidad y propósito de la designación del representante especial a que alude el artículo 8o. de la Ley de Amparo es, precisamente, garantizar que los derechos de aquéllos sean efectivamente tutelados, permitiendo que los medios de defensa legales puedan ser promovidos por un tercero distinto a sus legítimos representantes con el único afán de garantizar el acceso a la tutela efectiva de este grupo de personas; lo cual no implica que los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad o la tutela sean sustituidos, suprimidos o suspendidos. Ante tal situación, en aquellos casos en que en el juicio de amparo se designe representante especial en términos del artículo en comento, ello no priva de legitimación a los padres, tutores y demás representantes del

²⁷ Aunque la nueva Ley de Migración ha reconocido el derecho a las garantías de debido proceso (entre otras, a tener representación legal, presentar pruebas, alegar y obtener una decisión fundada) se corrobora en la práctica un incumplimiento flagrante de esa normativa. No existen mecanismos concretos que garanticen el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el acceso a la justicia, o incluso la participación de los NNA en el proceso. De hecho, el problema más serio es que, por ejemplo en el caso de la detención, no hay siquiera un procedimiento en el cual hace valer las garantías para cuestionar esa decisión, impugnar sus fundamentos, etc.

En relación con los NNA no acompañados, no sólo se verifica la falta de representante legal, sino también de un sistema de tutoría que vele por el pleno respeto de sus derechos, de acuerdo con lo que prescribe la Convención sobre los Derechos del Niño. El INM, en los intercambios realizados con el equipo investigador, sostuvo que los cónsules son los tutores de los niños y niñas. Sin embargo este criterio no tiene sustento legal alguno y así se le cuestionó fundadamente a ese organismo. Ceriani Cernadas, Pablo, et. al., *Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico u propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez*, México, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova-Universidad Nacional de Lanús, 2012, p. 29

²⁸ Artículo 8. El menor de edad, persona con discapacidad o mayor sujeto a interdicción *podrá pedir amparo por sí o por cualquier persona en su nombre* sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente, se ignore quién sea, esté impedido o se negare a promoverlo. El órgano jurisdiccional, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgente, le nombrará un *representante especial* para que intervenga en el juicio, debiendo preferir un familiar cercano, salvo cuando haya conflicto de intereses o motivo que justifiquen la designación de persona diversa. Ley de Amparo. Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [Consultada el 25 de mayo de 2019].

menor, persona con discapacidad o mayor sujeto a interdicción para interponer los recursos en defensa de sus intereses.²⁹

Con base en lo anterior, (si bien es cierto) la Procuraduría de Protección de los NNA representa a los NNA en los juicios del orden jurisdiccional en los términos previsto por la Ley General de los Derechos de NNA. Con base en el artículo 8 de la Ley de Amparo, en conjunto con los artículos 83, párrafos V, VI, 106 párrafos I y II, y 122 párrafo II de la Ley General mencionada, así como el artículo 6 de la Ley Federal de Defensoría Pública y de Reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y 28 de Ley de la Defensoría Pública del Estado de Chiapas, se abre la posibilidad de que la niñez sea tutelada por un “defensor especial” tratándose del juicio de amparo.

De acuerdo con lo anterior, los defensores públicos especiales son los agentes idóneos para la interposición de esta garantía judicial, esto (siguiendo el criterio jurisprudencial antes citado) con “la finalidad y propósito de [...] garantizar que los derechos de aquéllos sean efectivamente tutelados, permitiendo que los medios de defensa legales puedan ser promovidos por un tercero distinto a sus legítimos representantes *con el único afán de garantizar el acceso a la tutela efectiva de este grupo de personas*”.³⁰ En esta lógica, la práctica del juicio de amparo no afecta la substanciación de los procesos ejecutados por los representantes legítimos, (en este caso la Procuraduría de Protección de los NNA, o cualquier otra persona que la asuma, en caso de no contar con un defensor indicado de forma expresa por los NNA). De acuerdo con el artículo 8o. de la Ley de Amparo, “un menor de edad puede -sin la intervención de su representante legítimo- acudir al amparo por sí o por medio de cualquier persona que lo haga en su nombre; sin perjuicio de lo anterior, la autoridad que conozca del juicio deberá designarle un representante especial”.³¹ La autoridad jurisdiccional en materia de amparo, “debe atender a esa regla procesal, dada la existencia de su deber de velar por el interés superior del niño y a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece el derecho de los infantes a participar efectivamente en los procedimientos jurisdiccionales que los afectan, y a dar su opinión de modo que puedan tener influencia en el contexto de la toma de la decisión judicial que resuelva sobre su vida y sus

²⁹ REPRESENTANTE ESPECIAL DE MENORES DE EDAD, PERSONA CON DISCAPACIDAD O MAYOR SUJETO A INTERDICCIÓN. SU DESIGNACIÓN EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 8o. DE LA LEY DE AMPARO NO IMPLICA SUSTITUIR, SUPRIMIR O SUSPENDER LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD O LA TUTELA, NI PRIVA DE LEGITIMACIÓN A LOS PADRES, TUTORES Y DEMÁS REPRESENTANTES DE AQUÉLLOS, PARA INTERPONER LOS RECURSOS EN DEFENSA DE SUS INTERESES. Tesis (IV Región) 2o.6 C 10ª Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación, t. II, Abril de 2017, pág. 1796.

³⁰ *Idem*.

³¹ MENOR DE EDAD, MAYOR DE CATORCE AÑOS. LA DESIGNACIÓN DE SU REPRESENTANTE EN EL JUICIO DE AMPARO DEBE SER EXPRESA. Tesis XXVII.3º.112 K, 10ª, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, t. IV, Enero de 2017, pág. 2564.

derechos, siendo que en el procedimiento de amparo la medida legislativa para concretar esto último”.³²

No debemos ser ajenos a la vulnerabilidad de la niñez migrante, la cual debe superar un sin número de dificultades para ingresar a nuestro país, situando al derecho al acceso a la justicia, como un pilar fundamental, una oportunidad mediante la cual, la niñez puede alcanzar sus objetivos, haciendo efectivos sus derechos fundamentales. De esta forma, además de considerar el derecho a ser asistido jurídicamente a la luz del interés superior de la niñez, (como he enfatizado) el acceso a la justicia comprende el ejercicio de otros derechos, tales como contar con un traductor o intérprete, superando con ello, ciertas limitaciones materiales como la comprensión del lenguaje jurídico, la accesibilidad y substanciación de las garantías de los derechos humanos, la desconfianza de los NNA en los adultos, asimismo, la carencia (en algunos casos) de parámetros elementales, tales como no saber escribir o leer, lo que les permitirá identificar cualquier acción u omisión en los procesos migratorios en los que se encuentran involucrados, así como defenderse de las afectaciones de la que puedan ser víctimas las NNA durante la migración.

Dicho lo anterior, es preciso advertir que el Estado mexicano, no prevé mecanismos para objetar los resultados de la determinación de edad,³³ pocos países lo hacen, tales como Bélgica, Francia, Italia, Malta y Suecia.³⁴ Lo anterior, sin duda resulta trascendente, toda vez que actualmente “existe una tendencia creciente en la mayoría de los Estados receptores de migrantes, tanto en

³² REPRESENTANTE ESPECIAL EN EL JUICIO DE AMPARO. DEBE DARSE OPORTUNIDAD PARA SU NOMBRAMIENTO AL ADOLESCENTE QUE CUMPLIÓ CATORCE AÑOS SI TIENE CONFLICTO DE INTERESES CON SUS PROGENITORES, POR SER LA MEDIDA LEGISLATIVA ACORDE CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO QUE GARANTIZA LA IGUALDAD DE ACCESO A LA JUSTICIA. Tesis: I.1º. P.148 P, 10ª Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, t. IV, Enero de 2019, pág. 2631.

³³ En aquellos casos en los que no existe un documento que acredite fehacientemente su edad cronológica, es una práctica generalizada la de solicitar un examen médico para estimar dicha edad y poder adoptar decisiones fundadas sobre la custodia de dichos menores.

Éste es un aspecto de la actividad médico legal que en realidad no es nuevo en la práctica médico forense. Ya existen referencias del uso de métodos médicos y odontológicos para la estimación de la edad con fines legales en tiempos del Imperio romano, en el que se estimaba la edad para la presentación del servicio militar en función de la erupción del segundo molar.

Defensor del Pueblo de España, *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, España, Cyan, Proyectos Editoriales, 2012, p. 35.

Por último es frecuente que el derecho solicite a la medicina legal la determinación de la edad mediante parámetros clínicos. Este tema es discutido con frecuencia entre los especialistas en el área, ya que en México los parámetros utilizados para establecer se fundamentan en la evolución de los caracteres sexuales secundarios y la detención, cuando estos dos elementos son insuficientes para aportar un valor científico a las conclusiones de un perito. Actualmente la recomendación para disminuir el riesgo de error en la determinación de la edad clínica se fundamenta en juntar la valoración de la evolución de los caracteres sexuales secundarios, las características dentarias y el criterio de la edad ósea, con lo que se busca disminuir la posibilidad de error. Sin embargo, a pesar de juntar estos tres criterios, las conclusiones sólo son orientativas.

Hernández Mier, César, *El derecho, la medicina legal y el tiempo*, México, Revista Hechos y Derechos número 44, IJ-UNAM, marzo-abril 2018, s.n.p.

³⁴ Asamblea General, ONU, *Promoción y protección de los derechos humanos: cuestión de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, [Versión anticipada editada] A/73/178, [Contribución de CIJ/ECRE] *Óp., Cit.*, Nota 18, p.16.

Europa como en América, a la erosión de los derechos humanos de los migrantes, en aras de las políticas de control de la migración irregular, las cuales son cada vez más restrictivas y agresivas y carecen de un enfoque que considere las necesidades de los migrantes más vulnerables, como los niños irregulares".³⁵

Los NNA migrantes no acompañados son sensibles en distintas dimensiones,³⁶ su integridad personal se ve severamente comprometida por las afectaciones que sufren, las cuales suelen ser graves, provocadas por los riesgos que implica superar las distintas adversidades materiales que supone ingresar a nuestro país, las cuales incluso comprometen su vida. Lo anterior se suma a las vulneraciones practicadas por los funcionarios públicos a los NNA en el proceso de migración. "Durante años se han documentado las más recurrentes violaciones a los derechos en materia de debido proceso, acceso a la justicia y condiciones de vida digna de las personas durante su tránsito. También de manera creciente, sobre los problemas a los que se enfrentan durante su verificación y detención migratoria. Todas estas violaciones se agravan cuando se trata de NNA".³⁷ Asimismo existe la tendencia a negar la "expedición o renovación de pasaporte a las hijas o hijos menores de edad de una persona que registra un impedimento administrativo, basada en ese solo hecho, lo que resulta una afectación injustificada del derecho de las niñas, niños y adolescentes de identificarse y acreditar su nacionalidad, así como a su derecho al libre tránsito, previsto en el artículo II de la Constitución Federal".³⁸

Dicho lo anterior, encontramos otras hipótesis bajo las cuales el acceso a la justicia resulta indispensable para los NNA que buscan ingresar, permanecer, o transitar por México (dichas conjeturas no deben ser interpretadas de manera limitativa). De esta forma encontramos a los NNA que pretenden unirse con sus familiares, sin embargo, carecen del instrumento (pasaporte, visa) requerido para ingresar y permanecer en el país destino, aquellos que lo hacen de manera irregular acompañados de algún adulto, separándose en el transcurso de la migración. Los NNA que huyen del núcleo familiar porque sufren algún tipo de afectación y migran solos. Asimismo están aquellos que han nacido en el territorio del Estado, sin embargo sus padres, familiares o tutores no cuentan con la

³⁵ Ortega Velázquez, Elisa Ortega, *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*, Op., Cit., Nota 2, p. 186.

³⁶ "El incremento de niñas y niños que viajan solos o con sus familias, ya alcanzó carácter de crisis humanitaria por la cantidad de víctimas, las precarias condiciones de viaje, los crecientes riesgos asociados al crimen organizado transnacional, la corrupción policiaca y migratoria, la impunidad ante las agresiones y especialmente por las omisiones de los gobiernos" Red por los Derechos de la Infancia en México, Boletín, *Frente a la crisis humanitaria que significa la migración infantil, el Interés Superior del Niño debe estar por encima de valoraciones políticas o administrativas*, México, REDIM, 2014, s.n.p.

³⁷ Center for Gender and Refugee Studies UC Hastings y Universidad Nacional de Lanus, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Op., Cit., Nota 15, p.262.

³⁸ PASAPORTES. NEGAR SU EXPEDICIÓN A LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES POR LA EXISTENCIA DE UN IMPEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGISTRADO EN CONTRA DE ALGUNO DE SUS PADRES O TUTORES, CONSTITUYE UN ACTO QUE TRASCIENDE INJUSTIFICADAMENTE A SU DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE TRANSITO. Tesis I.18° A. 109 A 10° Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Marzo de 2019, t. III. Pág. 2718.

documentación necesaria para ingresar o permanecer en él. Los NNA cuyo estatus migratorio es regular, sin embargo, se encuentran con adultos dentro del Estado de manera irregular, y los NNA que carecen del permiso de residencia, o cuyo visado ha caducado.³⁹

Interés Superior de la Niñez. Migración y Derechos Humanos

Como se ha enfatizado, en todo contacto, actuación o determinación en la que se encuentre involucrada la niñez, es indispensable considerar el interés superior, dándole prioridad. Este principio normativo “no consiste únicamente en protegerlo de la victimización secundaria y situaciones difíciles mientras participa en el proceso de justicia [...] sino también en mejorar la capacidad del niño de contribuir a dicho proceso”.⁴⁰ De acuerdo con esto, el interés superior de los NNA en el contexto de migración resulta apremiante, indispensable y concurrente con el acceso a la justicia y la tutela de los derechos fundamentales. Debe interpretarse de manera concluyente en los procesos migratorios, conducir el ejercicio de los derechos e incidir en las directrices que impactan directa o indirectamente en los NNA. Es oportuno indicar que el interés superior de la niñez constituye un parámetro multidimensional, toda vez que emerge como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento, alcanzando la interpretación, integración, aplicación y justiciabilidad de los derechos de la niñez.⁴¹

Esto llevado al ámbito del acceso a la justicia, implica la tutela de los NNA migrantes a través de las garantías que subyacen a los derechos fundamentales, tomando en cuenta sus necesidades, voluntad y propósitos que los llevaron a migrar. De esta manera, todas las acciones que tomen las autoridades “relativas a [...] la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad, entre otras deben evaluarse en función del interés superior de los niños y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación”.⁴²

Es preciso destacar que subsisten obligaciones específicas para los Estados con motivo del interés superior de la niñez en la substanciación de cualquier proceso judicial, tales como:

- a) Observar el interés superior de la niñez en todas las etapas del proceso en el que intervengan, sin importar la materia o la calidad en la que participen.
- b) Valorar el impacto que pueden producir en el núcleo de derechos de los NNA.

³⁹ Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), *Niños primero y ante todo*, Bélgica, PICUM, 2013, p.13.

⁴⁰ Fernández Pérez, Ana, *Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español*, México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año I, número 151, enero-abril 2018, p.120.

⁴¹ DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE. Tesis; 2ª. CXLI/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Enero de 2017, t. I, pág. 792

⁴² *Idem*.

- c) Efectuar un análisis pormenorizado acerca del alcance y aplicación de dicho principio.⁴³

De esta manera, "Las políticas migratorias en México deben considerar cuando una persona que realiza acciones que repercuten de manera particular en la vida de una persona menor de edad, elaborando una determinación del interés superior [...] debe incluir garantías procesales, asegurar la participación de los niños y tomar en cuenta sus opiniones."⁴⁴ Así, el interés superior de la niñez funge como parámetro indispensable en el acceso a la justicia y la tutela de los derechos fundamentales de los NNA migrantes.

El Acceso a la Justicia de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes como Parámetro Indispensable en la Tutela de los Derechos Fundamentales

De acuerdo con los principios y directrices que sostienen y caracterizan a los derechos humanos, los extranjeros no son personas con un estatus de protección menor, por el contrario, deben gozar plenamente del acceso y tutela judicial efectiva. En esta lógica deben observarse las medidas que garanticen a la niñez la posibilidad de ser escuchados por los tribunales nacionales, ejercer el derecho de asistir y participar en el proceso del cual forman parte, superando los factores que impida la comunicación material entre el tribunal y la niñez, toda vez que el acceso a la justicia no debe constituir únicamente un derecho formal, sino también un derecho real y eficaz, de lo contrario se excluye a las NNA de la justiciabilidad de sus derechos.⁴⁵

La Ley de Migración comprende y reconoce el derecho de las personas migrantes al acceso a la justicia, observando el interés superior, y el reconocimiento de su personalidad jurídica. Con base en esto, los operadores jurisdiccionales están obligados a tutelar los derechos fundamentales de los NNA migrantes.⁴⁶ El Estado mexicano se suscribe en este tenor "a brindar protección a las personas extranjeras en condición migratoria que salen de sus países para escapar de circunstancias económicas y sociales adversas, lo cual exige no criminalizar su ingreso irregular".⁴⁷

⁴³ Cfr: Suprema Corte de Justicia de la Nación, (SCJN) *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidad y pueblos indígenas*, México, SCJN-Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014, p.27

⁴⁴ Pérez Fuentes, Gisela, *La protección de los niños migrantes en México: una falacia*, *Óp. Cit.*, Nota 16, p. 105.

⁴⁵ Cfr. EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO. Tesis III.3º. T.4 K (10º) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Febrero de 2013, t. 2, pág. 1360.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ PERSONAS INDÍGENAS. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO MEXICANO DE GARANTIZAR Y PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EXTRANJEROS Y REFUGIADOS SE EXTIENDE A LOS NACIONALES CON AQUELLA CARACTERÍSTICA, CUANDO SE VEAN FORZADOS A DESPLAZARSE DE SU LUGAR

En el ámbito interamericano se reconoce que el acceso a la justicia constituye “un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.⁴⁸ Existen casos en el Sistema Interamericano en los cuales se aborda el tratamiento que debe seguirse respecto de los NNA migrantes que ingresan de manera irregular a un país, por ejemplo, en el Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina* de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) sostuvo que los Estados deben además de respetar los derechos relativos a la niñez, brindar auxilio a sus familias en contexto de migración. Asimismo, la CoIDH efectúa una operación concurrente entre la privación de la libertad de las NNA por motivos migratorios y los parámetros contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) así como la Convención de los Derechos del Niño (CSDN) interpretados a la luz del interés superior de la niñez, la proporcionalidad, necesidad y propósito de la privación de la libertad personal, indicando que se debe tener en cuenta las directrices y elementos particulares de cada NNA, concluyendo que la CoIDH “es de la opinión que la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación”.⁴⁹

La CoIDH identifica que se pueden instrumentar acciones que resulten menos lascivas, de esta forma, privar de libertad a un NNA migrante con base en esta condición, resulta desproporcional, y por lo tanto, no debe tener verificativo.⁵⁰ Dicho esto, es indispensable que la niñez migrante cuente con garantías que les permitan impugnar los actos que vulneren su esfera jurídica fundamental, provocando de esta forma la tutela judicial efectiva. El mecanismo a través del cual se contravenga un procedimiento migratorio debe tener efectos suspensivos, frenando la actuación de la autoridad. Con base en esto, “de tratarse

DE ORIGEN A OTRA ENTIDAD FEDERATIVA QUE OFREZCA MEJORES CONDICIONES DE VIDA. Tesis

XXII. P. A5 CS 10ª, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Noviembre de 2017, T. III, pág. 2100.

⁴⁸ CoIDH, Opinión Consultiva OC-21/2014, Párrafo 113, Consultada [12 de junio de 2019] Disponible en: <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la CoIDH, número 5: Niños, niñas y adolescentes*, Costa Rica, CoIDH-Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit-GIZ, 2017, p.55.

⁵⁰ El numeral 37 de la CDN, prohíbe a los países que la suscribieron a despojar de la libertad a los NNA, incluyendo el hecho de facilitar el acceso a la justicia a través de distintos medios, tales como la asistencia jurídica, asimismo instituye que un órgano jurisdiccional distinto, verifique la resolución efectuada por aquel que conoció el asunto en primera instancia, considerando en todo momento los requerimientos propios de su edad, contexto y vulnerabilidad. Mientras el artículo 40 de la CDN, comprende derechos y principios procesales aplicables, tratándose de la comisión de un delito, como la prohibición de aplicar de manera retroactiva la ley en perjuicio de persona alguna, la presunción de inocencia, el derecho a recibir información acerca de los hechos que se le imputan, a contar con un defensor e interprete, así como a impugnar la resolución, entre otros como el establecimiento de una edad mínima para ser procesados como adultos. Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, ONU, 1989.

de una orden de deportación, ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre”.⁵¹

La COLDH enfatiza que en la substanciación de los procesos migratorios que involucren NNA, el acceso a la justicia y la instrumentación de las garantías de los derechos fundamentales deben efectuarse de acuerdo con las necesidades y requerimientos particulares de la niñez. “Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que [...] implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas.”⁵² En otras palabras:

*Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 en forma que se reflejen que en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los Derechos Humanos.*⁵³

Impugnar mediante una garantía judicial, como el juicio de amparo, constituye un derecho que le compete conocer a una instancia imparcial distinta a la que dio trámite al asunto en un primer momento. En este tenor es preciso advertir que el juicio de amparo genera un espectro protector, obligando a los Estados y sus operadores a observarlos y tutelar los derechos demandados a través de esta garantía.

En el ámbito internacional encontramos una serie de disposiciones que reconocen el acceso a la justicia de los NNA. Así, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a los NNA, también conocidas como Reglas de Bejín, constituyen directrices generales en la materia. Estas Reglas tienen como propósito fundamental: referir el acceso y administración de justicia en la que tengan verificativo los parámetros relativos al debido proceso, los principios acusatorios en materia penal y la presunción de inocencia, comprenden la responsabilidad de los NNA que cometen un delito, asimismo promueven e impulsan la integración y participación sociales en el proceso de reinserción a través de políticas públicas encaminadas a procurar el desarrollo integral de la NNA.⁵⁴

En este sentido, también hallamos las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño (OGCDN), las cuales constituyen instrumentos basados

⁵¹ Cfr. TEDH, Caso *Conka Vs Bélgica*, No. 51564/99, Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 79 y Caso *Gerbremedhin [Gaberamadhien] Vs Francia*, No. 25389/05, Sentencia de 26 de abril de 2007, párr. 58.

⁵² Observación General Número 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, Suiza, 2007, p. 5.

⁵³ Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 73.

⁵⁴ Conde, María de Jesús, *El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes*, Revista IIDH, vol. 50, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p.194

en la interpretación de la CSDN. Respecto al acceso a la justicia de los NNA en particular, adquieren relevancia las siguientes observaciones; la número 5, que versa sobre Medidas Generales de Aplicación de la CSDN, reconoce la imperiosa necesidad de contar con una perspectiva que vele por sus derechos, tomando en cuenta los siguientes principios de carácter general: interés superior de la niñez, no discriminación, derecho a expresar libremente su opinión y a que sean debidamente tomadas en consideración, la salvaguarda y protección del derecho a la vida, así como a la supervivencia y al desarrollo. En tanto la OGCDN 6, correspondiente a los NNA no acompañados y separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen, refiere el acceso de carácter gratuito a la justicia, asimismo a que sean asistidos por un representante jurídico. Indica que la niñez también tiene el derecho a ser oído de acuerdo con su edad y madurez, así como que la demanda de permanecer en un país se resuelva en un plazo razonable. Tratándose de NNA migrantes que no se encuentran acompañados a los cuales se les obliga a dejar el país, el Comité enfatiza la tutela de su derecho relativo al acceso a la justicia. En esta lógica, la OGCDN 10 trata los derechos de la niñez en la impartición de justicia, comprendiendo los parámetros y directrices fundamentales en la materia, en tanto la OGCDN 12 indica el derecho de las NNA a ser oídos en un proceso de carácter jurisdiccional, finalmente la OGCDN 14 sostiene que el interés superior debe constituir una directriz primaria, mediante la cual se concrete la participación de la niñez en los procesos judiciales.

El acceso a la justicia constituye un derecho que identifica la vía procesal frente a la vulneración de los derechos fundamentales de los NNA, abriendo así la posibilidad para demandarlos. Más allá del reconociendo de este derecho en el ámbito nacional e internacional, y atentos a la situación actual que sufren los NNA migrantes en Chiapas, es urgente que el Estado mexicano mediante un trabajo conjunto que involucre a los tres poderes de manera horizontal y vertical, así como los órganos constitucionales autónomos, instrumente las directrices y lineamientos efectivos en la materia con el propósito de proteger a la niñez migrante. Los NNA que migran se han vuelto un tema que ha alcanzado relevancia mediática en los últimos años por la relación con Estados Unidos, sin embargo, no es un problema nuevo, la vulneración de los derechos de los NNA en contexto de migración constituye una situación añeja, por ello es necesario trascender, ir más lejos e identificar los problemas que inciden en la falta de acceso a la justicia de la niñez migrante.

Garantizar a la niñez la justiciabilidad de sus derechos mediante un proceso en el que se observen todos los derechos del orden adjetivo constituye una cuestión indispensable, la cual demanda la sujeción de los operadores al Estado democrático y constitucional de derecho. Bobbio afirma que en éste, opera un

sistema de garantías de los derechos fundamentales,⁵⁵ las cuales se vinculan con expectativas relativas al ejercicio del debido proceso, conformando el eje rector sobre el que se basa la estructura relativa a la tutela de estos derechos, lo que se traduce en el acceso a la justicia de los NNA.⁵⁶

Como he enfatizado, la instrumentación del acceso a la justicia se sustenta en la posibilidad de alcanzar la justiciabilidad de los derechos fundamentales vinculados con la migración. En este orden de ideas, no deben considerarse únicamente los elementos jurídicos que inciden en la eficacia de este derecho, sino también aquellas directrices materiales que impiden su ejecución. “Esta posición, surge como consecuencia de un discurso jurídico endógeno, identifica el derecho directamente con la normatividad jurídica estatal y considera que las mejores soluciones para afrontar el problema del acceso a la justicia son jurídicas, profesionales y técnicas”.⁵⁷ La justiciabilidad de los derechos fundamentales involucra un alcance multidimensional, sobre todo tratándose del fenómeno de la migración, de esta manera, no podemos “ignorar el vínculo estrecho que existe entre diversos factores contextuales, el derecho y la justicia, desconociendo también que las situaciones de exclusión social (en términos generales) a las que se ven expuestos grandes sectores de la población, los cuales tienen una relación recíproca con la justicia y el acceso a ésta”.⁵⁸

Existen dos facetas del ejercicio del acceso a la justicia “la formal, que implica la posibilidad de plantear y acreditar las pretensiones ante un órgano público competente para resolver sobre ellas a través de un procedimiento regular y expedito; y justicia material, que aguarda la satisfacción de la formal y reside en el reconocimiento del derecho alegado, cuando hay razón suficiente; dar a cada uno lo suyo”.⁵⁹ Fix-Fierro y López-Ayllón, afirman respecto a la eficacia del acceso a la justicia que “no puede entenderse y desarrollarse cabalmente sin la incorporación de un enfoque multidisciplinario que complete los planteamientos estrictamente jurídicos, en especial los de tipo constitucional, así resulta necesario dar una explicación del contexto social en que surge el problema del acceso a la justicia, vinculada especialmente a los tipos de conflictos que se producen en la sociedad”.⁶⁰ En este sentido, tratándose de los NNA en un contexto de migración, resulta indispensable valorar la situación de vulnerabilidad en el que se encuentra, lo que vuelve más complejo el acceso a la justicia. Fortaleciendo

⁵⁵ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, España, Sistema, 1991, p. 78.

⁵⁶ García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos para los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, IJ-UNAM, 2010, p. 27.

⁵⁷ Padrón Innamorato, Mauricio, “Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relaciones subyacentes”, en Anglés Hernández, Marisol, et., al., *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, México, IJ-UNAM, 2014, p. 70.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos para los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, Óp., Cit., Nota 58, pp.27-28.

⁶⁰ Fix Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, IJ-UNAM, 2001, p. 114.

lo anterior, encontramos por ejemplo, NNA migrantes que provienen de alguna etnia indígena, los cuales no hablan con fluidez el idioma español, o incluso no lo entienden, asimismo, están asustados, lejos de su hogar, en un lugar desconocido, sin los satisfactores elementales, es decir, sin dormir, sin comer, sin dinero para solventar sus necesidades básicas, siendo objeto de múltiples abusos, incluyendo extorsión, o incluso una invasión a su integridad personal.

Con base en lo anterior y de forma particular en el Estado de Chiapas, el acceso a la justicia para la niñez (no obstante se encuentra reconocido formalmente en el distintos instrumentos jurídicos locales, nacionales e internacionales) no se aplica en la mayoría de los casos, debido entre otras cosas por la falta de asistencia jurídica especializada (o en su caso deficiente), los plazos comprendidos para resolver los procedimientos, la falta de conocimiento e información para acudir al juicio de amparo, entre otros elementos.

Aun cuando se asumió la obligación de brindar asistencia jurídica gratuita a NNA no acompañados -mediante convenios entre el DIF Chiapas, la Comisión Mexicana para Refugiados (COMAR) y el INM, [...] indican que hasta el momento no se ha implementado programa alguno para hacer efectivo ese derecho. En la práctica, de los casos relevados en la investigación, ninguno de los niños o niñas migrantes detenidos y sometidos a trámites de retorno contaron con asistencia legal, con un tutor, o con información sobre el estado del trámite y sobre el derecho a ser asistidos por un representante legal.

En definitiva, tanto por deficiencias del proceso en sí como por la ausencia de la instrumentación de garantías básicas, uno de los principios medulares de la Convención, el derecho a la participación y a ser oído, no tiene prácticamente ninguna forma de hacerse efectivo.⁶¹

De acuerdo con lo anterior, las dificultades que presenta la instrumentación del acceso a la justicia en los procesos migratorios en los que se encuentran presentes las NNA es multifactorial, toda vez que demanda la comprensión de elementos de distinta naturaleza; económicos, socioculturales, incluso políticos, las cuales inciden en este fenómeno, volviéndolo complejo. “Mientras para algunos segmentos sociales los cambios implican mejores oportunidades de bienestar y movilidad social, para otros se traducen en nuevas formas de marginación que, muchas veces tienden a sobreponerse a las viejas formas de pobreza y marginalidad, acentuando la heterogeneidad social en general y la de los grupos pobres en particular”.⁶²

El reconocimiento formal de los derechos sin duda es indispensable, sin embargo su instrumentación y eficacia constituyen un tema distinto, por ello, es

⁶¹ Ceriani Cernadas, Pablo, *et. al.*, *Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico u propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez*, Óp., *Cit.*, Nota 27, p. 16.

⁶² Padrón Innamorato, Mauricio, “Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relaciones subyacentes”, en Anglés Hernández, Marisol, *et. al.*, *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, Óp., *Cit.*, Nota 59, p.71

necesario valorar la situación real en la que se encuentran la niñez migrante. En este contexto “la falta de información que pueden tener los NNA respecto a los mecanismos de denuncia y las instituciones a las cuales acudir en caso de sufrir una vulneración, el no saber leer ni escribir, o incluso encontrarse en una sociedad que no valora sus opiniones debido a su corta edad, el derecho de acceso a la justicia y su protección por parte de los Estados adquiere especial relevancia”.⁶³

El Papel y la Trascendencia de los Operadores Judiciales en la Instrumentación del Acceso a la Justicia de la Niñez Migrante

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA migrantes irregulares que ingresan, transitan y dejan nuestro país, demanda de los operadores judiciales cualidades específicas, conocimiento de las características de los NNA así como de los elementos que inciden y motivan la migración. Dicha vulnerabilidad generalmente involucra la exclusión del ejercicio de los derechos fundamentales, desembocando en una situación que impacta de manera negativa en el desarrollo integral de la persona.

El derecho de la niñez a ser considerada y escuchada, implica cumplir con la obligación de respetar su participación en los procesos judiciales y administrativos de acuerdo con sus características y principios que subyacen a su tutela. Respecto a las obligaciones mínimas de los operadores judiciales en materia de acceso a la justicia de la niñez migrante, encontramos las siguientes:

- a. Garantizar que accedan efectivamente a la justiciabilidad de sus derechos.
- b. Privilegiar el interés superior cuando se trate de separarlos de sus padres.
- c. Evaluar su identidad, nacionalidad, su contexto cultural y lingüístico, la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran, las necesidades especiales de tutela (si se trata de NNA solicitantes de asilo o del reconocimiento de la condición apátrida).
- d. Considerar diversas directrices, tales como su edad, si migran acompañados, el grado de desarrollo psico-biofísico y la educación.
- e. Reconocer el derecho a la asistencia consular, legal, defensa pública y a un intérprete.⁶⁴

La tarea relativa a procurar el acceso a la justicia demanda la capacitación y sensibilización permanente de los operadores judiciales involucrados en el conocimiento de las acciones instrumentadas con motivo del flujo migratorio, lo que resulta indispensable, toda vez que coadyuvan a hacer eficaz este derecho.

⁶³ Asamblea General, ONU, *Promoción y protección de los derechos humanos: cuestión de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, [Versión anticipada editada] A/73/178, [Contribución de CIJ/ECRE] *Óp., Cit.*, Nota 18, p.15.

⁶⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, (SCJN) *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidad y pueblos indígenas*, *Óp., Cit.*, Nota 44, p.196.

*La capacitación es una herramienta fundamental para acompañar los procesos de cambio en materia migratoria. No es suficiente con adecuar el marco jurídico a ciertos objetivos, también es necesario llevar a cabo acciones dirigidas a su implementación cotidiana. La capacitación deberá garantizar que los funcionarios conozcan los procedimientos y normas que deben cumplir y que, además, entiendan su finalidad y el impacto que tienen sobre su trabajo. Por otra parte, deberá generar [...] conciencia y responsabilidad sobre la labor que desempeñan y sobre el impacto que su trabajo/función tiene en la protección y garantía de los derechos humanos de las personas. Por último, deberá sensibilizar [...] sobre la vulnerabilidad de las personas migrantes y deberá ofrecerles los medios intelectuales y materiales para poder cumplir sus funciones de la mejor forma posible.*⁶⁵

El Estado mexicano no debe impedir, obstaculizar o negar el acceso y ejercicio de la justicia, debe procurararlo mediante un mecanismo judicial eficaz, observando para dicho fin, los lineamientos acordes y proporcionales a su edad, toda vez que el acceso a la justicia constituye “un derecho que no es garantizado de manera efectiva para los NNA. Ello debido a que los procedimientos judiciales fueron diseñados por adultos y pensados para adultos. Si reconocemos que los niños son personas diferentes a los adultos, en consecuencia los procesos judiciales debieran ajustarse a partir de las características específicas de la infancia”.⁶⁶ De acuerdo con lo anterior, resulta apremiante promover directrices concretas para que los NNA acudan a la justicia en los procesos vinculados con su estatus migratorio, reconociendo que los NNA, “a partir de sus características propias de desarrollo cognitivo, emocional y moral, no son iguales a los adultos y en consecuencia no pueden ejercer el derecho de acceso a la justicia en las mismas

⁶⁵ Los siguientes temas y perspectivas deben incluirse dentro de la capacitación a funcionarios públicos y jueces:

- Derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo: concepto y responsabilidad sobre estándares internacionales de derechos humanos y mecanismos internacionales de protección.
- En concreto y con respecto a cada derecho, la capacitación deberá incluir: el contenido de cada derecho; la aplicación del principio de no discriminación respecto de ese derecho; y las acciones y programas que garantizan y protegen ese derecho.
- Módulos dirigidos a conocer, respetar y reconocer las diferencias de raza, color, idioma, origen nacional, étnico, género, cultura, religión, o de cualquier otra índole en relación con las personas migrantes.
- Cursos sobre el alcance y la jurisprudencia de acciones y recursos para la protección de derechos --tales como amparo o tutela, exhibición personal o hábeas corpus y hábeas data--, además de otros mecanismos y recursos internos ordinarios --entre otros recursos administrativos que agotan la vía gubernativa y las acciones contencioso administrativas-- para la protección de los derechos de las personas migrantes.
- Talleres de sensibilización sobre las condiciones de vulnerabilidad de las personas migrantes.

Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes en el Marco de la Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos-Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Marzo de 2003, pp. 12-13.

⁶⁶ Las características específicas de la infancia impactan de forma significativa en la forma en que rinde su testimonio, en sus habilidades para comprender el lenguaje hablado, en su capacidad para elaborar un relato de manera coherente, y ordenada, o para recordar los hechos de manera precisa y suficiente, en la manera de controlar las emociones para sobrellevar una situación que le provoca angustia en su capacidad de mantener la atención y concentración durante la diligencia, entre otros aspectos. Suprema Corte de Justicia de la Nación, (SCJN) *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidad y pueblos indígenas*, Op., Cit., Nota 44, p.16-17.

condiciones que aquellos, el Estado se encuentra obligado a hacer una distinción de trato”.⁶⁷

*El Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad [...] La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades.*⁶⁸

El Poder Judicial como órgano jurisdiccional encargado de impartir y administrar justicia, haciendo hincapié en los lineamientos contenidos en la Ley de Amparo vigente en México, debe permitir el acceso a la justiciabilidad de los derechos a través de un defensor público, y en el caso de la instrumentación de la garantía jurisdiccional, atender a la suplencia de la deficiencia de la queja. El acceso a la justicia “no puede ser eficazmente aplicado sin un esfuerzo por comprender la autonomía progresiva del niño, su comprensión del mundo, su lenguaje no verbal, entre otros, lo que requiere de herramientas especiales que permitan descifrarlos”.⁶⁹

En este contexto, el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Afecten a NNA publicado por la SCJN en 2012, constituye una herramienta mediante la cual se llevan a cabo acciones específicas en la materia. En este sentido es preciso advertir que dichos “protocolos son una de las herramientas puestas a su alcance para facilitar que sus actos y resoluciones judiciales sean acordes con los estándares, internacionales de protección de Derechos Humanos”.⁷⁰ Este Protocolo indica las obligaciones que articulan el acceso y procuración de justicia de las NNA, incluyendo un catálogo de parámetros de actuación encaminadas a que tenga verificativo la justiciabilidad de los derechos fundamentales, el interés superior de la niñez, los principios de no discriminación, igualdad, pro persona, universalidad, independencia, así como a la no devolución y la unidad familiar.

En el ámbito adjetivo dicho protocolo comprende además del acceso a la justicia, el principio relativo a la no revictimización, a la presunción de inocencia,

⁶⁷ Tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como la CoIDH, han establecido que los derechos de los niños implican la toma de medidas especiales de protección.

El reconocimiento formal de los derechos de la infancia es sin duda relevante. Sin embargo, no ha llevado a la vigencia plena de sus derechos. De ahí la relevancia de impulsar ajustes razonables en los procesos judiciales que lleven a la garantía del derecho a la justicia de la infancia. *Ibidem*, p.18.

⁶⁸ Caso Rosendo Cantú y otra Vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párrafo 201.

⁶⁹ Asamblea General, ONU, *Promoción y protección de los derechos humanos: cuestión de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, [Versión anticipada editada] A/73/178, [Contribución de CIJ/ECLRE] *Óp. Cit.*, Nota 18, p.17

⁷⁰ Arce Camiade, Natalia, y Gatica López, Gustavo (coords), *Prácticas relevantes de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes sin compañía en el Triángulo Norte y México*, Costa Rica, Instituto interamericano de Derechos Humanos-Real Embajada de Noruega, 2016, p.52.

gratuidad relativa a la impartición y administración de justicia, la asistencia consular, los sistemas adecuados de identificación de personas en situación de vulnerabilidad, el derecho a la información, la asistencia legal, a la defensa pública, y el derecho a un intérprete.⁷¹ De igual forma, “Como primer principio de la política migratoria, la Ley de Migración señala el respeto irrestricto a todos los derechos humanos de las personas migrantes, con especial atención a los grupos en situación de vulnerabilidad, tales como los NNA migrantes”.⁷²

La eficacia de los derechos de la niñez en materia de migración y acceso a la justicia, presenta contratiempos materiales, particularmente en Chiapas, “factores culturales, (idioma, religión y el desconocimiento de la legislación) así como factores económicos (carencia de recursos para contratar servicios de defensoría o para costear los gastos derivados de un juicio). A estas barreras se suman los trámites burocráticos, traducidos en la exigencia de requisitos adicionales”.⁷³ La niñez debe contar con certeza respecto de los límites que el Estado emprenda con motivo de su estatus migratorio, así como de las herramientas encaminadas a protegerlos tales como el acceso a la justicia y los mecanismos que permitan acceder a la justiciabilidad de sus derechos fundamentales.

Conclusiones

El Estado mexicano debe aplicar de manera efectiva el contenido de la Constitución, los instrumentos, resoluciones, y jurisprudencia nacional e internacional suscritos en materia de migración a la luz del interés superior de la niñez, particularmente en Chiapas como entidad receptora y emisora de NNA migrantes, garantizando el acceso a la justicia, salvaguardando de esta forma, la integridad de su esfera jurídica fundamental.

El interés superior de la niñez constituye una herramienta indispensable que alcanza y cruza todas las actuaciones que involucran a la niñez. Se entiende como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental, y norma de procedimiento. En esta lógica, en los procedimientos migratorios se debe observar, respetar y priorizar dicho principio, proyectando con base en él, el acceso a la justicia y la defensa de los derechos humanos de las NNA migrantes.

El acceso a la justicia debe constituir una oportunidad para hacer justiciables los derechos de la niñez migrante, anticipándose a vulneraciones posteriores cuya reparación resulte compleja o irreversible a su esfera jurídica fundamental. Por ejemplo; el retorno a su país de origen, donde pueden sufrir lesiones graves a su integridad personal, lo que incluso puede poner en riesgo su vida, impo-

⁷¹ Ortega Velázquez, Elisa et., al., *Niños Migrando*, México, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura Social A.C., 2016, p.12

⁷² Domínguez Rocha, Concepción Esperanza, *Derechos de los niños, niñas y adolescentes, migrantes*, Revista Hechos y Derechos, México, número 50, marzo-abril, IJJ-UNAM, 2019, s.n.p.

⁷³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, (SCJN) *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidad y pueblos indígenas*, *Op. Cit.*, Nota 44, p.167.

niendo límites que el Estado mexicano debe observar respecto a las medidas que involucren NNA migrantes.

El Estado mexicano está obligado a garantizar que la niñez sea escuchada en los procesos que se practiquen con motivo de su situación migratoria irregular en nuestra entidad federativa, superando cualquier situación, factor o elemento que impida la comunicación entre los operadores judiciales y los NNA. El acceso a la justicia debe constituir un derecho real y eficaz, de acuerdo con las obligaciones suscritas por el Estado mexicano, no se debe impedir, obstaculizar o negar su acceso y administración, procurándolo a través de lineamientos eficaces, acordes y proporcionales a su edad.

La discrecionalidad y arbitrariedad que puedan generarse con motivo de la substanciación de las acciones y procedimientos de la autoridad migratoria en puntos de gran afluencia de NNA migrantes en el Estado de Chiapas, pueden combatirse a través del acceso a la justicia, en conjunto con los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales. Las autoridades encargadas de llevar a cabo los procesos migratorios, necesitan hacerse de herramientas para interpretar y aplicar el interés superior de la niñez, la carencia de ellas ocasiona distintas vulneraciones a los derechos humanos, tales como la afectación a la libertad de tránsito, la integridad personal, a las garantías procesales, al ejercicio pleno de la personalidad y al desarrollo multidimensional de los NNA.

Se debe fortalecer y facilitar la instrumentación de la garantía jurisdiccional o juicio de amparo por un defensor público en Chiapas, capacitado de manera especial para atender técnica y jurídicamente a las NNA migrantes en coordinación con las instituciones federales, estatales y municipales competentes (Procuraduría Federal de Protección de NNA, DIF, etc. con la concurrencia de un traductor/interprete en los casos que así se requiera) para brindar de esta forma, asistencia jurídica integral a la niñez. En este tenor, los operadores judiciales deben atender a la suplencia de la deficiencia de la queja, el interés superior de la niñez y su autonomía progresiva, grado de desarrollo psico-biofísico, entre otros elementos y directrices que les permitan ejercer plenamente sus derechos.

El juicio de amparo constituye una garantía jurisdiccional que supone conocimiento técnico, aunado a la formalidad y los plazos para su substanciación, la hacen inaccesible en la práctica para muchas NNA migrantes irregulares, lo que demanda acudir a un defensor especializado para que la emprenda, y asista a la niñez respecto a esta garantía. Esto provoca que los NNA sujetos a un proceso migratorio derivado de su estatus, lejos de interponer esta garantía, ingrese nuevamente de manera irregular.

Bibliografía

Libros

- Arce Camiade, Natalia, y Gatica López, Gustavo (coords), *Prácticas relevantes de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes sin compañía en el Triángulo Norte y México, Costa Rica*, Instituto interamericano de Derechos Humanos-Real Embajada de Noruega, 2016.
- Armijo, Natalia, *Introducción. Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, CADESE, 2011.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, España, Sistema, 1991.
- Ceriani Cernadas, Pablo, et. al., *Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico u propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez*, México, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova-Universidad Nacional de Lanús, 2012.
- Domínguez Rocha, Concepción Esperanza, *Derechos de los niños, niñas y adolescentes, migrantes*, Revista Hechos y Derechos, México, número 50, marzo-abril, IIJ-UNAM, 2019.
- Fix Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, "El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, IIJ-UNAM, 2001.
- García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos para los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2010.
- González Contró, Mónica, "¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina", en Pérez Contreras, María de Montserrat, y Macías Vázquez, María Carmen, (Coords) *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes. Colección Publicación electrónica*, México, IIJ-UNAM, 2011.
- González Pérez, Luis Raúl, [Introducción] *Migrantes. Voces, rostros y sueños compartidos*. México, CNDH, 2016.
- Ortega Velázquez, Elisa et., al., *Niños Migrando*, México, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura Social A.C., 2016.
- Padrón Innamorato, Mauricio, "Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relaciones subyacentes", en Anglés Hernández, Marisol, et., al., *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, México, IIJ-UNAM, 2014.
- Pérez Contreras, María de Montserrat, y Macías Vázquez, María Carmen, (coords) *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes. Colección Publicación electrónica*, México, IIJ-UNACH, 2011.

Obras Colectivas

- Alianza MX, *Garantía de derechos de niñas, niños y adolescentes. Miradas al Estado mexicano. Informe alternativo al cuarto y quinto informe consolidado sobre el cumplimiento de los derechos del niño en México*, México, Alianza MX, 2014.

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR)-Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 3. *Ficha técnica sobre el derecho a la no devolución y no expulsión*, ACNUR-CEJIL, 2018.
- Asamblea General, ONU, *Promoción y protección de los derechos humanos: cuestión de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, [Versión anticipada editada] A/73/178, EU, 26 de julio de 2018.
- Center for Gender and Refugee Studies UC Hastings y Universidad Nacional de Lanus, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, trad. de Juan Luis Guillen, et. al., EUA-Argentina, 2015.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes, México, CNDH, 2018.
- CDHDF-Oficina de la Defensoría de los derechos de la Infancia, Informe Anual 2017, Volumen I, Versión ejecutiva, México, CDHDF-ODDI, 2017.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo XII, El principio de no devolución, en *Movilidad Humana*. [Estándares interamericanos], *Derechos humanos de los migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Nomias y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, EU, 2015.
- Defensor del Pueblo de España, *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, España, Cyan, Proyectos Editoriales, 2012.
- Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), *Niños primero y ante todo*, Bélgica, PICUM, 2013.
- Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes en el Marco de la Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos-Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Marzo de 2003.
- Red por los Derechos de la Infancia en México, Boletín, *Frente a la crisis humanitaria que significa la migración infantil, el Interés Superior del Niño debe estar por encima de valoraciones políticas o administrativas*, México, REDIM, 2014.
- Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación, *Protección a la niñez y adolescencia*, Programa de Protección a la Infancia, UNICEF, 2017.

Revistas y Manuales Especializados

- Conde, María de Jesús, *El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes*, Costa Rica, Revista IIDH, vol. 50, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.
- Fernández Pérez, Ana, *Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español*, México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año L, número 151, enero-abril 2018.
- Hernández-Mier, César, *El derecho, la medicina legal y el tiempo*, México, Revista Hechos y Derechos número 44, IJ-UNAM, marzo-abril 2018
- Ortega Velázquez, Elisa, *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: Entre el control y la protección*, México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm., 142, enero-abril de 2015.

Pérez Fuentes, Gisela, *La protección de los niños migrantes en México: una falacia*, España, Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, número 17, junio 2014.

Unión Interparlamentaria, *Migración, derechos humanos y gobernanza. Manual para Parlamentarios* número 24, trad. de Fernando Pucho, Francia, Unión Interparlamentaria-Organización Internacional del Trabajo-Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2015.

Instrumentos, Sentencias, y Jurisprudencia Internacional

Caso *Conka Vs Bélgica*, No. 51564/99, Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 79 y Caso *Gerbremedhin [Gaberamadhien] Vs Francia*, No. 25389/05, Sentencia de 26 de abril de 2007. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_Across_Atlantic_SPA.pdf

Caso Rosendo Cantú y otra Vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM5.pdf>

CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

CoIDH, Opinión consultiva OC-21/24 "Sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional" Corte Interamericana de Derechos Humanos Publicada el 19 de agosto de 2014. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>

Cuadernillo de Jurisprudencia de la CoIDH, número 5: Niños, niñas y adolescentes, Costa Rica, CoIDH-Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit-GIZ, 2017.

Observación General Número 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, Comité de los Derechos del Niño, 44º periodo de sesiones, Suiza, 2007.

Principios de Siracusa Sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Consejo Económico y Social-Comisión de Derechos Humanos 41º periodo de sesiones, 28 de septiembre de 1984. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf>

Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidad y pueblos indígenas, México, SCJN-Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014. Disponible en <http://www.derechoshumanoscdmx.gob.mx/wp-content/uploads/Protocololberoamericano.pdf>

Criterios y Jurisprudencia Nacional

DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE. Tesis; 2ª. CXLI/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Enero de 2017.

- EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO. Tesis III. 3º. T.4 K (10ª) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Febrero de 2013.
- MENOR DE EDAD, MAYOR DE CATORCE AÑOS. LA DESIGNACIÓN DE SU REPRESENTANTE EN EL JUICIO DE AMPARO DEBE SER EXPRESA. Tesis XXVI-1.3º. I12 K, 10ª, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Enero de 2017.
- PASAPORTES. NEGAR SU EXPEDICIÓN A LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES POR LA EXISTENCIA DE UN IMPEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGISTRADO EN CONTRA DE ALGUNO DE SUS PADRES O TUTORES, CONSTITUYE UN ACTO QUE TRASCIENDE INJUSTIFICADAMENTE A SU DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE TRANSITO. Tesis I.18º A. 109 A (10ª) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Marzo de 2019.
- PERSONAS INDÍGENAS. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO MEXICANO DE GARANTIZAR Y PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EXTRANJEROS Y REFUGIADOS SE EXTIENDE A LOS NACIONALES CON AQUELLA CARACTERÍSTICA, CUANDO SE VEAN FORZADOS A DESPLAZARSE DE SU LUGAR DE ORIGEN A OTRA ENTIDAD FEDERATIVA QUE OFREZCA MEJORES CONDICIONES DE VIDA. Tesis XXII. PA5 CS (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Noviembre de 2017.
- REPRESENTANTE ESPECIAL EN EL JUICIO DE AMPARO. DEBE DARSE OPORTUNIDAD PARA SU NOMBRAMIENTO AL ADOLESCENTE QUE CUMPLIÓ CATORCE AÑOS SI TIENE CONFLICTO DE INTERESES CON SUS PROGENITORES, POR SER LA MEDIDA LEGISLATIVA ACORDE CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO QUE GARANTIZA LA IGUALDAD DE ACCESO A LA JUSTICIA. Tesis: I.1º. P.148 P, 10ª Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Enero de 2019.

Traficantes y traficadas los rostros del encarcelamiento por políticas de drogas

Corina Giacomello¹

Introducción

Orfa es una mujer guatemalteca, actualmente privada de la libertad en México por introducción de cocaína al país. Cuando fue detenida, su hijo de apenas dos años viajaba con ella y con su esposo: habían cruzado la frontera sur de México en camión. Después de la detención, el niño fue separado de Orfa en las instalaciones de la entonces Procuraduría General de la República (PGR) y entregado al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Posteriormente, regresó con su padre a Guatemala. Ella, en cambio, fue sentenciada a 5 años de prisión por posesión de cocaína. Junto con sus hijos, conforma lo que en este artículo se denomina una familia transnacional producto de las políticas de drogas, es decir, un núcleo familiar separado por el encarcelamiento de uno de sus integrantes – generalmente la madre – en un país distinto al de origen. El país de detención suele ser un país de tránsito o un país de destino, determinado por los flujos internacionales de drogas ilícitas.

Las cárceles mexicanas contienen e invisibilizan un sesgo de la migración que se cruza con la feminización de la pobreza y las políticas de drogas, un rostro conformado por mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas y por miles de niñas y niños transnacionales. Este artículo habla de esas mujeres y de esa niñez, atrapadas entre las rutas internacionales del tráfico de drogas - entendidas como rutas de migración de sujetos específicos - que se cruzan con el sistema penal.

La historia de Orfa – retomada más adelante – forma parte de un esfuerzo regional para visibilizar el impacto del encarcelamiento por delitos de drogas sobre las mujeres en América Latina². A la perspectiva desde las voces de las mujeres, se suma el impacto del encarcelamiento sobre niñas, niños y adolescentes con padres y madres encarcelados, cuyo número está en aumento como consecuencia de la aplicación de políticas de drogas represivas.

¹ Profesora-investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas; corina.giacomello@iij-UNACH.mx.

² Más información está disponible en el siguiente enlace: <https://www.wola.org/es/mujeres-politicas-de-drogas-y-encarcelamiento-en-las-americas/>

En las siguientes páginas se propone una lectura del encarcelamiento de las mujeres a partir del análisis de las experiencias de las mujeres en el contexto regional y nacional de las políticas de drogas.

En un primer término se analizan las políticas de drogas en la región y en México, así como su impacto en el aumento de los niveles de encarcelamiento. Éstos afectan particularmente a las mujeres ya que, si bien en términos absolutos los hombres representan la mayoría de la población penitenciaria, la población de mujeres privadas de la libertad ha crecido a un ritmo sostenido en los últimos veinte años, más alto que el de la población en general y de los hombres en prisión, una tendencia que se estima seguirá³. Sucesivamente, se comparten algunos casos de mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas, para dar voz a los datos y dar cuenta de los cruces entre la persistencia de roles de género asimétrico con el involucramiento en delitos relacionados con drogas. El análisis de los casos sirve de base para la discusión final del texto.

Políticas de drogas: definiciones y consecuencias

En abril de 2016, el entonces presidente de México, Enrique Peña Nieto, proclamó su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Sesión Especial sobre Drogas⁴ (UNGASS 2016, por sus siglas en inglés). Las palabras del mandatario atrajeron una ola de aplausos de las decenas de participantes que, con distintas expectativas, habían acudido a aquel histórico evento. UNGASS 2016 anticipó de tres años el encuentro que, en 2019, debería hacer el punto de la situación de las políticas de drogas a nivel mundial, particularmente el nivel de implementación de la *Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas*⁵. La decisión de adelantar el encuentro a 2016 fue en respuesta unánime a una petición de tres presidentes latinoamericanos: Pérez Molina (Guatemala), Santos (Colombia) y Calderón (México), quienes, en una reunión de la Asamblea General en 2012, habían urgido a la comunidad internacional a repensar el modelo dominante en materia de drogas – analizado a continuación – y proponer estrategias que logren los objetivos de reducción del consumo y de la oferta sin causar estragos a los derechos humanos de las personas usuarias o de aquellas que se involucran en el tráfico de drogas desde una posición de vulnerabilidad.

³ WALMSLEY, Roy. "World Female Imprisonment List. Fourth edition. Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners" [en línea]. Institute for Criminal Policy Research, 2017, [fecha de consulta: 3 de agosto de 2019] Disponible en: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf

⁴ Para una mayor profundización sobre UNGASS se recomienda consultar el siguiente enlace: <https://idpc.net/policy-advocacy/the-un-general-assembly-special-session-on-drugs-ungass-2016>

⁵ NACIONES UNIDAS. "Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas" [en línea]. Nueva York: Naciones Unidas, [fecha de consulta: 29 de julio de 2019], 2009, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_52/Political-Declaration2009_V0984966_S.pdf

Peña Nieto llegó a UNGASS 2016 cargando una gravosa estafeta: la crisis de violencia que atraviesa a México desde el sexenio de Calderón (2006-2012)⁶ – producto, en buena medida, aunque no exclusivamente de una estrategia de enfrenamiento militarizada a los grupos criminales – y los llamados del ex presidente a dar un giro al paradigma prohibicionista que él mismo había defendido a costas de decenas de miles de muertos y desaparecidos. En la sede de las Naciones Unidas de Nueva York los reflectores estaban puestos sobre la intervención de México. El presidente presentó la postura de México sobre las drogas articulándola en diez puntos y concluyó con una afirmación que implicaba una ruptura radical con el panorama de las políticas de drogas en el país y en la región: “Transitemos de la mera prohibición, a una efectiva prevención y una eficaz regulación... Miles de vidas dependen de ello”⁷.

Más de tres años después, a la hora de escribir este texto (julio 2019) la “mera prohibición” sigue siendo el paradigma dominante en México y miles de vida siguen siendo encarceladas, estigmatizadas, desaparecidas o asesinadas por ello. A continuación se analiza dicho marco, así como sus efectos en la región, México y Chiapas en materia de uso de drogas y de encarcelamiento por delitos de drogas.

La Organización Mundial de la Salud provee dos definiciones del término “políticas de drogas”⁸; ambas son reproducidas a continuación:

Política en materia de drogas (*drug policy*):

(1) *En el contexto de las sustancias psicoactivas el conjunto de políticas diseñadas para influir en la oferta y la demanda de drogas ilegales, a escala local o nacional, que comprenden programas de educación, tratamiento, control y otros programas y políticas. En este sentido, la política en materia de drogas no incluye la política farmacéutica (excepto en lo que se refiere al desvío al uso no médico) ni tampoco la política sobre alcohol y tabaco.*

(2) *En el contexto del Programa de Acción de la OMS sobre Medicamentos Esenciales, “la política nacional de medicamentos” se refiere a la política farmacéutica⁹ de un país sobre la comercialización, disponibilidad y uso terapéutico de los medicamentos. La OMS recomienda que todos los países dispongan de una política de este tipo, formulada en el contexto de una política sanitaria nacional. La Lista de Medicamentos Esenciales*

⁶ COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. “La situación de la violencia relacionada con las drogas en México del 2006 a 2017: ¿Es un conflicto armado no internacional?” [en línea]. México: CMDPDH, ITESO, 2019, [fecha de consulta: 27 de julio de 2019] Disponible en: <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-la-situacion-de-la-violencia-con-las-drogas-2006-a-2017.pdf>

⁷ El discurso completo se encuentra disponible en el enlace <http://www.cinu.mx/comunicados/2016/04/el-problema-mundial-de-las-dro/>.

⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Glosario de términos de alcohol y drogas” [en línea]. Madrid: Gobierno de España, OMS, 1994, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en: https://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf?ua=1

⁹ La OMS (OMS, 1994) define como política farmacéutica: “Sistema de regulaciones dirigido a controlar la disponibilidad y la demanda de **medicamentos**. Sinónimo de **política en materia de drogas** (“drug policy”) (segunda definición) en el Programa de Acción de la OMS sobre Medicamentos Esenciales; en los países Escandinavos se denomina también como “política de medicamentos” (medicines policy). Un componente importante suele ser la política sobre **medicamentos psicoactivos**, que refleja la elevada proporción de recetas que se extienden para estos fármacos” (negritas en el texto original).

de la OMS es un esfuerzo para ayudar a los países en desarrollo a elaborar una política farmacéutica en consonancia con la asignación de fondos escasos para productos farmacéuticos basándose en las necesidades sanitarias en lugar de en aspectos de mercado¹⁰ (negritas en el texto original).

La primera definición es la que prevalece en las discusiones actuales sobre políticas de drogas y en los informes, resoluciones y declaraciones de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos. Por lo tanto, es también el uso más recurrente que se dará al término “políticas de drogas” en este informe. Sin embargo, debe resaltarse el sesgo no incluyente de esta definición, así como sus efectos. Un primer punto a destacar es la definición de drogas que subyace a esta definición: como se aclara en el *Informe Mundial de Drogas 2017* de la ONUDD, “Siempre que se utiliza la palabra “droga” en el Informe Mundial sobre las Drogas debe entenderse que se trata de una sustancia fiscalizada de conformidad con los tratados de fiscalización internacional de drogas”¹¹.

Esta definición es reductiva en comparación con la de la OMS:

Término de uso variado. En medicina se refiere a toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos. De ahí que una droga sea una sustancia que está o pueda estar incluida en la Farmacopea. En el lenguaje coloquial, el término suele referirse concretamente a las sustancias psicoactivas y, a menudo, de forma aún más concreta, a las drogas ilegales. Las teorías profesionales (p. ej., “alcohol y otras drogas”) intentan normalmente demostrar que la cafeína, el tabaco, el alcohol y otras sustancias utilizadas a menudo con fines no médicos son también drogas en el sentido de que se toman, el menos en parte, por sus efectos psicoactivos¹².

La exclusión del alcohol y el tabaco de la categoría comúnmente entendida como “drogas” en los debates y en la construcción de imaginarios en torno a las drogas, sus usos y consecuencias, ha contribuido a una doble ficción cultural: por un lado, la idea de que el alcohol y el tabaco son sustancias cuyo uso no es “tan” dañino para la salud; al contrario, se normaliza e incluso se promueve en el seno de la familia desde la infancia. Por el otro, la estigmatización de las personas que usan, producen, transportan o venden las demás “drogas”. Ambas ficciones tienen impactos negativos. De acuerdo con la OMS:

El consumo nocivo de alcohol conlleva una pesada carga social y económica para las sociedades. El alcohol afecta a las personas y las sociedades de diferentes maneras,

¹⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *op. cit.*, nota 9, p. 49.

¹¹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “Informe Mundial sobre las Drogas 2017” [en línea]. Viena: UNODC, 2017, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en: https://www.unodc.org/wdr2017/field/WDR_Booklet1_Fxsum_Spanish.pdf, p. 7.

¹² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *op. cit.*, nota 9, p. 33.

y sus efectos están determinados por el volumen de alcohol consumido, los hábitos de consumo y, en raras ocasiones, la calidad del alcohol. En 2012, unos 3,3 millones de defunciones, o sea el 5,9% del total mundial, fueron atribuibles al consumo de alcohol¹³ [Énfasis añadido].

A su vez, “[e]l tabaco mata cada año a más de 7 millones de personas, de las que más de 6 millones son consumidores del producto y alrededor de 890 000 son no fumadores expuestos al humo de tabaco ajeno”¹⁴.

En cambio, “según los cálculos más recientes de la OMS correspondientes a 2015, se pueden atribuir al consumo de drogas psicoactivas más de 450 000 muertes al año”¹⁵.

Un artículo publicado en la prestigiosa revista médica *The Lancet*¹⁶, demuestra que el alcohol es la droga más dañina en absoluto, si tomamos en cuenta los daños causados a los usuarios y a otros. El tabaco ocupa el sexto lugar, precedido por la heroína, el crack, las metanfetaminas y la cocaína. Por ende, el alcohol y el tabaco requieren ser asumidos como sustancias preponderantes en las políticas de control de drogas, sobre todo en términos de debate, sensibilización y políticas regulatorias orientadas a promover cambios culturales.

Las “políticas de drogas” a nivel internacional se rigen por tres tratados de la Organización de las Naciones Unidas: i) la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por su Protocolo de 1972; ii) el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas (1971) y iii) la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988).

Los objetivos del marco internacional de control de drogas se pueden dividir en dos grandes rubros: i) vinculados con la salud, a través de garantizar el acceso a medicamentos y de prevenir y tratar el uso de sustancias psicoactivas (control de la demanda); y ii) hacer frente a las actividades relacionadas con las drogas para fines no médicos y científicos y delitos conexos – lavado de activo y delincuencia organizada – (control de la oferta).

En la interpretación y aplicación de los tratados en los distintos países han prevalecido las acciones de control de la oferta, operando bajo una lógica basada en dos supuestos: i) sería posible “eliminar” las drogas y al uso de drogas, es decir, conseguir “un mundo sin drogas”; ii) el combate a la oferta reduciría la demanda. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) identificó algunas consecuencias negativas de la

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Alcohol” [en línea]. OMS, 2018, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019]. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/alcohol>, párr. 8 y 9.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 2.

¹⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “La dimensión de salud pública del problema mundial de las drogas. Informe de la Secretaría” [en línea]. OMS, 2016, [fecha de consulta: 2 de agosto de 2019]. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/273325/B140_29-sp.pdf;sequence=1&isAllowed=y&ua=1, p. 1.

¹⁶ NUTT, David, KING, L. A., y PHILLIPS, L. D. “Drug Harms in the UK: A Multicriteria Decision Analysis”. *The Lancet*. vol. 376, no. 9752 (noviembre), 2010, pp. 1558-1565.

fiscalización de sustancias psicoactivas bajo las convenciones y las incluyó en el *Informe Mundial sobre las Drogas 2008*¹⁷:

La primera es la creación de un mercado negro delictivo. No faltan delincuentes interesados en competir en un mercado en el que no es poco habitual que los precios se multipliquen por cien desde la fase de producción a la de la venta al por menor.

La segunda es lo que se podría denominar “desplazamiento de las políticas”. La expansión del mercado negro delictivo exige medidas de represión conmensuradas, y para ello es necesario destinar mayores recursos. Pero los recursos son finitos y la salud pública, motivo principal subyacente a la fiscalización, que también los requiere, se haya visto obligada a quedar relegada.

La tercera consecuencia imprevista es el desplazamiento geográfico, denominado frecuentemente “efecto globo” porque si se oprime un lado (con controles más estrictos) se hincha (es decir, aumenta) por otro, aunque el efecto neto pueda ser una reducción en general. [...]

La cuarta consecuencia imprevista es lo que podría denominarse “reemplazo de sustancias”. La fiscalización del consumo de una droga, sea por reducción de la oferta o por de la demanda, induce a los proveedores y consumidores a sustituirla por otra droga con efectos psicoactivos similares que esté sujeta a una fiscalización menos estricta. [...]

La quinta consecuencia imprevista es el modo en que las autoridades perciben a la población de consumidores de drogas ilícitas y se ocupan de ella. Parece haberse creado un sistema por el cual quienes caen en la red de la toxicomanía se encuentran excluidos y marginados de la sociedad, marcados con un estigma moral y, con frecuencia, sin posibilidad alguna de recibir tratamiento, aun cuando se sienten motivados a buscarlo.

A las consecuencias planteadas por UNODC, se suman otras. En América Latina, la profunda crisis penitenciaria, así como la violencia y, en particular, las tasas de homicidio, son una derivación directa del enfoque eminentemente penal adoptado por los países de la región en sus esfuerzos antidrogas, si bien con diferencias entre sí¹⁸. Asimismo, las actividades de la delincuencia organizada se han multiplicado, poniendo nuevos y complicados retos para los países; las políticas de mano dura o, incluso, la militarización de la seguridad han agudizado, en lugar de aminorar, el clima de violencia que se vive en la región¹⁹.

¹⁷ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “Informe mundial sobre las drogas 2008” [en línea]. Viena: UNODC, 2008, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019]. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2008/WDR_2008_Spanish_web.pdf pp. 219-220

¹⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Medidas para reducir la prisión preventiva” [en línea]. Washington: CIDH, 2017, [fecha de consulta: 22 de julio de 2019] Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>; CHAPARRO, Sergio, PÉREZ Correa, Catalina y YOUNGERS, Coletta. “Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina”. Ciudad de México: CEDD, 2017; WASHINGTON OFFICE ON LATIN AMERICA y TRANSNATIONAL INSTITUTE. “Sistemas sobrecargados” [en línea]. Washington: WOLA y TNI, 2010, [fecha de consulta: 22 de julio de 2019], Disponible en: http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/Sistemas_sobrecargados/sistemas_sobrecargados_web2.pdf

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Violencia, niñez y crimen organizado” [en línea]. Washington: CIDH, 2015 [fecha de consulta: 26 de julio de 2019] Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>.

En el caso de México también predomina la implementación punitiva de las políticas de drogas, privilegiando el enfoque de control de la oferta por encima del control de la demanda.

Marco normativo en materia de drogas en México

En este apartado se delinear los contornos principales de cómo se regulan las drogas y las conductas asociadas a ellas, a través del análisis sintético de los siguientes instrumentos normativos:

- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM);
- La Ley General de Salud (LGS);
- El Código Penal Federal (CPF);
- El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP);
- La Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP);
- El Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

La Constitución de México prevé, en su artículo 19, la prisión preventiva oficiosa – es decir obligatoria – para ciertos delitos, entre ellos los “delitos contra la salud”, término con el que se definen los delitos relacionados con drogas en México. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha manifestado en contra de esta figura (CIDH, 2017 y 2013), definiéndola un problema crónico en la región, causa, entre otros factores, del hacinamiento y de la violencia en las cárceles, además de ser violatoria de la presunción de inocencia y del principio de excepcionalidad. Pese a ello, esta figura no solamente persiste y tiene rango constitucional, sino que en 2019, bajo un gobierno que se define a sí mismo como de izquierda y progresista, el catálogo de delitos sometidos a prisión preventiva se amplió²⁰.

La CPEUM enuncia los principios del sistema penal oral y acusatorio (Artículo 20), instituido en 2008 y en funcionamiento en todo el país desde 2016. Cabe resaltar que la implementación del que todavía se nombra como el “Nuevo Sistema Penal”, basado en los principios del sistema adversarial, ha sido lenta y tortuosa, con resistencias desde los propios poderes judiciales estatales y federal, así como de las fiscalías y policías. No así una contraparte simultánea y menos transparente: el establecimiento constitucional de un régimen de excepción – y, a menudo, de suspensión de derechos – en el caso de delitos de

²⁰ Actualmente incluye los siguientes delitos: “abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y **de la salud**” (artículo 19 de la CPEUM, vigente a 15 de mayo de 2019) (énfasis añadido).

delincuencia organizada, en materia penal (Artículos 16, 19 y 20) y penitenciaria (Art. 18).

La aprobación de las reformas en materia penal y el endurecimiento de las medidas en contra de la delincuencia organizada se dio en el contexto de la “guerra contra el narcotráfico” del ex presidente Felipe Calderón (2006-2012), que ha convertido a México en un país con tasas de homicidio muy por arriba del promedio mundial y como el país más peligroso para ejercer el periodismo en América Latina, ocupando el lugar 144 de un total de 180 países (donde 180 es el más bajo) en la Clasificación de la Libertad de Prensa de Reporteros sin Frontera.²¹

La Ley General de Salud incluye un capítulo de disposiciones penales en materia de narcomenudeo, introducido en 2009. Con esta reforma, ciertos delitos ya no son perseguidos en el ámbito federal (con algunas salvedades) sino local, es decir, por las autoridades estatales. La demarcación entre el ámbito federal y local está establecida, principalmente, alrededor del trinomio conducta-cantidad-sustancia, plasmado en una tabla de orientación contenida en el Artículo 479 y reproducida a continuación:

Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato

Narcótico (sic)	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	0.2 gr.	
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg.	
Cannabis Sativa, Índica o Marihuana	5 gr.	
Cocaína	0.5 gr.	
Lisérgida (LSD)	0.015 mg.	
MDA, Metilendioxfanfetamina	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34-metilendioxi-n-dimetilfeniletilamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

Fuente: Ley General de Salud, Artículo 479.

La posesión de sustancias en cantidad igual o menor a la que establece la tabla se considera para uso personal y no conlleva una sanción penal. Sin embargo, esto no exime a las personas usuarias de entrar en contacto con el sistema de justicia penal, ya que se prevé su presentación ante el Ministerio Público. Asimismo, si una persona es encontrada en posesión, por ejemplo, de 5.2 gr de marihuana, puede ser acusada de posesión simple y enfrentar una pena de prisión de entre 10 meses y 3 años. La Ley establece que son delitos de

²¹ Información disponible en <https://rsf.org/es/datos-clasificacion>

narcomenudeo la posesión simple (Art. 477), la posesión con fines de comerciar o suministrar las drogas (Art. 476) y la comercialización y suministro (Art. 475) cuando se trate de las sustancias enlistadas en la tabla, en cantidades entre la que determina la tabla y su valor multiplicado por mil. Es decir: si una persona transporta entre 5.1 gr y 5 kg de marihuana, será procesada por un delito contra la salud en modalidad de narcomenudeo, excepto en las circunstancias que conllevan la atracción del caso por parte de la autoridad federal (Art. 474). En cambio, las cantidades mayores a lo que resulta de multiplicar por mil el valor de la tabla son perseguidas de acuerdo a lo establecido en el *Código Penal Federal* (CPF). Éste contiene un conjunto de artículos (del 193 al 199) que determinan las sanciones por las conductas (posesión, siembra, tráfico, transporte, almacenamiento, comercio, suministro, etc.) relacionadas con cantidades más altas que las que son abarcadas por la LGS.

El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) se aprobó en 2014, derogando así los códigos procesales estatales y el Código Federal de Procedimientos Penales. En él también se refuerza la prisión preventiva oficiosa en el caso de varios delitos, entre ellos los delitos contra la salud.

Por último, cabe mencionar la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) que regula el sistema penitenciario en México y su judicialización, tanto en fase preventiva como de condena. La LNEP es un instrumento de corte garantista que incluye varias disposiciones favorables para las personas encarceladas por delitos de drogas; entre otros, con esta ley se deroga el Artículo 85 del CPF, que impedía la aplicación de mecanismos alternos (libertad condicional y preliberación, entre otros) para personas sentenciadas por delitos contra la salud.

Como se puede observar en este breve recorrido, el marco normativo mexicano en materia de drogas está sesgado prevalentemente hacia el uso del derecho penal y de la privación de la libertad para todas las conductas relacionadas con las drogas, incluso la posesión para fines personales. De hecho, éste es el principal delito contra la salud en el caso de ingreso a prisión de hombres y mujeres.

Lo anterior, en el ya señalado contexto de militarización de la seguridad y sus consecuencias. En un informe de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) se afirma:

[...] en los últimos casi 12 años se han registrado incontables casos atribuidos a las fuerzas armadas de detenciones arbitrarias, de la aplicación sistemática de tortura (incluida tortura sexual), de ejecuciones extrajudiciales y de desaparición de personas. además, se han reportado miles de enfrentamientos no solo entre las fuerzas castrenses oficiales y grupos de la delincuencia, sino también entre esos grupos armados entre sí, lo que ha producido una gran cantidad de personas heridas, muertas, bienes destruidos y población que huye o es forzada a desplazarse de su lugar de residencia.

*en general, los índices de esos delitos y las violaciones a derechos humanos han llegado a niveles intolerables*²².

El escenario mexicano fue comparado en 2017 por el International Institute for Strategic Studies (IISS) al de un conflicto armado, el segundo más violento en el mundo, superado únicamente por Siria y por encima de los de Irak y Afganistán²³. La represión, por ende, se encuentra prescrita en el marco normativo y ha tenido una implementación armada militarizada, particularmente desde 2012.

Pese a la predominación del marco punitivo, existen algunas modificaciones normativas recientes – particularmente a la LGS con respecto a marihuana medicinal y la aprobación de la LNEP en 2016 – que apuntan hacia una mayor apertura en el caso de la marihuana y que podrían ser desarrolladas por el gobierno actual.

En abril de 2019, el gobierno del presidente López Obrador (2018-2024) presentó el Plan Nacional de Desarrollo (PND), documento que marca la pauta que debería seguirse en los diversos temas de relevancia para el país. El Capítulo I “Política y Gobierno” incluye el rubro “Reformular el combate a las drogas”, en el tema “Cambios de paradigma de seguridad”. Los planteamientos son muy distintos a los que se han utilizado para fundamentar la estrategia represiva; por ello, se reproducen en su totalidad:

En materia de estupefacientes, la estrategia prohibicionista es ya insostenible, no sólo por la violencia que ha generado sino por sus malos resultados en materia de salud pública: en la mayoría de los países en los que ha sido aplicada, esa estrategia no se ha traducido en una reducción del consumo. Peor aún, el modelo prohibicionista criminaliza de manera inevitable a los consumidores y reduce sus probabilidades de reinserción social y rehabilitación. La “guerra contra las drogas” ha escalado el problema de salud pública que representan las sustancias actualmente prohibidas hasta convertirlo en una crisis de seguridad pública. La alternativa es que el Estado renuncie a la pretensión de combatir las adicciones mediante la prohibición de las sustancias que las generan y se dedique a mantener bajo control las de quienes ya las padecen mediante un seguimiento clínico y el suministro de dosis con prescripción para, en un segundo paso, ofrecerles tratamientos de desintoxicación personalizados y bajo supervisión médica. La única posibilidad real de reducir los niveles de consumo de drogas residen (sic) en levantar la prohibición de las que actualmente son ilícitas y reorientar los recursos actualmente destinados a combatir su trasiego y aplicarlos en programas –masivos, pero personalizados– de reinserción y desintoxicación. Ello debe procurarse de manera negociada, tanto en la relación bilateral con Estados Unidos como en el ámbito multilateral, en el seno de la ONU²⁴ (énfasis añadido).

²² COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, nota

6, p. 15.

²³ *Ibid.*, p. 12.

²⁴ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024” [en línea]. México: Presidencia de la República, 2019, [fecha de consulta: 24 de julio de 2019] Disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/>

Ahora bien, esta narrativa rompe con el discurso de guerra contra las drogas. Sin embargo, en los primeros siete meses de gobierno las únicas reformas concretas han sido la ya mencionada ampliación del catálogo de delitos que reciben prisión preventiva oficiosa y la creación de la Guardia Nacional, con la cual se legaliza y se le otorga rango constitucional a la militarización de la seguridad en México.

Consecuencias del marco prohibicionista en el sistema penitenciario

El sistema de justicia penal depende fuertemente de la privación de la libertad como una forma de castigar, disuadir y rehabilitar a las personas acusadas de la comisión de un delito y reparar las consecuencias del mismo sobre la comunidad y las víctimas. De acuerdo con *World Prison Population List*²⁵, la población penitenciaria a nivel mundial asciende a aproximadamente 10.74 millones de personas y ha aumentado de un 24% entre 2000 y 2018, siguiendo una tendencia parecida al crecimiento de la población mundial en general. No obstante, las tendencias varían entre continentes y países. Por ejemplo, en las Américas se ha registrado un aumento del 41%, en Oceanía del 86% y en Asia del 38%. En cambio, la población penitenciaria en Europa ha disminuido del 22%. Algunos países, como México y Rusia, han atestiguado un descenso de su población penitenciaria, mientras que otros países, entre ellos Colombia y Nicaragua, han tenido incrementos importantes. Dentro de este contexto variado y cambiante, se mantiene constante el aumento del número de las mujeres: entre 2000 y 2017, el total de mujeres privadas de la libertad a nivel mundial se incrementó de un 53%:

*La población penitenciaria femenina ha aumentado en todos los continentes desde el 2000. En África el aumento ha sido poco menor que el aumento de la población en general. En cambios, los incrementos de la población en las Américas, en Asia y Oceanía han sido, respectivamente, de tres, cuatro y cinco veces el aumento de la población en general de esos continentes*²⁶.

El documento afirma que en los próximos años la población femenil en prisión podría seguir aumentando a un ritmo más alto que la masculina.

En América Latina y el Caribe, las políticas de drogas representan la principal tendencia que subyace el aumento de la población penitenciaria en general y, particularmente, la de mujeres. En el informe *Castigos irracionales* del Colectivo de Estudios Drogas y Derechos²⁷ se muestra que el número de personas

[uploads/2019/05/PLAN-NACIONAL-DE-DESARROLLO-2019-2024.pdf, p. 20](#)

²⁵ WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List (twelfth edition)* [en línea]. Londres: Institute for Criminal Policy Research, 2018, [fecha de consulta: 24 de julio de 2019] Disponible en: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf.

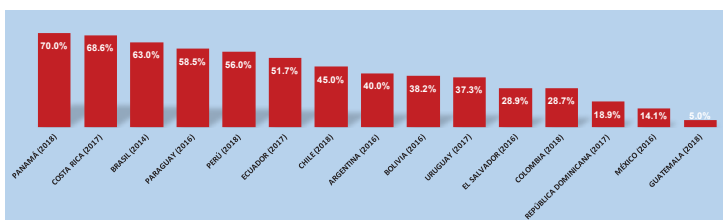
²⁶ *Ibid.*, p. 2. Traducción a cargo de la autora.

²⁷ CHAPARRO, Sergio, PÉREZ Correa, Catalina y YOUNGERS, Coletta, *op. cit.*, nota 18, p.

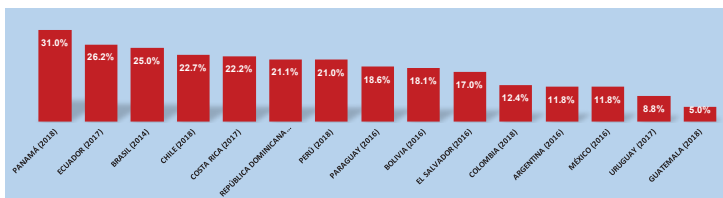
encarceladas por delitos relacionados con drogas supera por mucho el aumento de la población en general y de la población penitenciaria en numerosos países de América Latina.

A continuación se muestran algunas gráficas – fruto de datos recopilados para el estudio *Niñez que Cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*²⁸, escrito por la autora de este artículo – que muestran los porcentajes de encarcelamiento diferenciados entre hombres y mujeres acusados de delitos de drogas.

Gráfica 1. Mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas



Gráfica 2. Hombres privados de la libertad por delitos de drogas



En términos absolutos, el número de mujeres privadas de la libertad es significativamente menor que el de los hombres, representando sólo el 6.3% de la población en prisión en América Latina. Sin embargo, los delitos de drogas representan la primera o segunda causa de encarcelamiento en el caso de las mujeres encarceladas²⁹, contribuyendo al aumento de esta población.

Las mujeres encarceladas por delitos de drogas son, principalmente, sujetos secundarios del tráfico de drogas: mujeres pobres, con historias de violencia y, en su mayoría, madres principales o únicas cuidadoras de niñas, niños y otras personas dependientes. Lo anterior es reconocido también en un documento

²⁸ GIACOMELLO, Corina. *Niñez que Cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe* [en línea]. Buenos Aires: Church World Service, 2019 [fecha de consulta: 4 de agosto de 2019] Disponible en: <http://www.cwslac.org/inapes-pdd/es>

²⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* [en línea]. Washington: CIDH, 2013, [fecha de consulta: 2 de agosto de 2019] Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

emitido en marzo de 2016 por la Comisión de Estupefacientes – el órgano político de Naciones Unidas en materia de drogas –: la Resolución “Incorporación de la perspectiva de género en las políticas y programas relacionados con drogas”³⁰. Ésta fue propuesta inicialmente por México y contó con el apoyo de Brasil y Costa Rica; finalmente, el texto fue aprobado por la asamblea plenaria con el soporte de otros ocho países: Finlandia, Noruega, Australia, Suecia, Argentina, Colombia, Guatemala y Uruguay. La resolución, alimentándose de los productos académicos y de incidencia política que existen sobre el tema, refleja la situación de la mayoría de las mujeres encarceladas por delitos vinculados con las drogas: pobres, con bajos estudios, víctimas de violencia doméstica y sexual, madres de familia y principales o únicas responsables de los cuidados de otras personas, incluyendo sus hijas e hijos y adultos mayores y, a veces, utilizadas por las redes del tráfico.

La resolución se remite a las tres convenciones de las Naciones Unidas sobre drogas, a otras resoluciones previas sobre mujeres y drogas y a instrumentos internacionales orientados a eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres; entre ellos cabe mencionar i) los objetivos de la Agenda de Desarrollo Sostenible, en especial el número 5, enfocado en la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de mujeres y niñas; ii) un conjunto de declaraciones y planes relacionados con la igualdad y el empoderamiento de las mujeres; iii) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su sigla en inglés). En el texto se recuerdan también tres instrumentos sobre los derechos de las personas privadas de la libertad: i) las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok); ii) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio); y iii) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela).

En el documento se afirma:

*[...] Pone de relieve que, sin perjuicio del principio de igualdad de todos ante la ley, al dictar sentencia o decidir medidas previas al juicio respecto de una mujer embarazada o que sea la principal o única responsable de cuidar de un niño, se debería dar preferencia a las medidas no privativas de la libertad, de ser posible y apropiado, y considerar la posibilidad de imponer penas que supongan privación de la libertad cuando se trate de delitos graves o violentos [...]*³¹

El encarcelamiento creciente de mujeres por delitos relacionados con las drogas tiene un impacto también sobre sus hijas e hijos. En este sentido cabe

³⁰ COMISIÓN DE ESTUPEFACIENTES. “Resolución “Incorporación de la perspectiva de género en las políticas y programas relacionados con las drogas” [en línea]. Viena: CND, 2016, [fecha de consulta: 2 de agosto de 2019] Disponible en: http://equis.org.mx/wp-content/uploads/2016/04/Resolucion_-Genero_CND.pdf

³¹ *Ibid.*, p. 4.

resaltar el ya mencionado estudio *Niñez que Cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, producto de un proyecto de dos años que ha conllevado, además de la publicación del estudio regional, la realización de ocho informes nacionales (México, Panamá, Costa Rica, República Dominicana, Chile, Brasil, Uruguay y Colombia) que evidencian y analizan el impacto cuantitativo y cualitativo de las políticas de drogas en Niñas, Niños y Adolescentes con Madres y Padres Encarcelados (NNAPes) por delitos de drogas menores no violentos. En *Niñez que Cuenta* se señala que el estimado de NNAPes con por lo menos un progenitor encarcelado en 25 países de la región es de entre 1,710,980 y 2,307,048 NNA, de los cuales entre 359,305 y 484,480 (21%) tienen por lo menos a uno de sus padres privado de la libertad por delitos de drogas³².

En el estudio se aclara que:

La definición NNAPes incluye, a su vez, numerosos sub-grupos, a saber: i) niñas, niños y adolescentes (NNA) que viven afuera de las cárceles y acuden de visita; ii) NNA que viven afuera y no asisten a la visita; iii) niñas y niños que viven en prisión (generalmente con sus madres); iv) niñas y niños que pasan de vivir en prisión a vivir en el exterior; v) NNAPes institucionalizados; vi) NNAPes transnacionales; vii) NNA con referentes con medida alternativa al encarcelamiento; y viii) NNA con referentes adolescentes en el sistema penal. Asimismo, cada niña, niño y adolescente es una historia única e individual y como tal debe ser vista y respetada. El uso de categorías es útil únicamente para el análisis, pero de ninguna manera pretende homogeneizar o generalizar las experiencias, la voz, las vivencias y los sentimientos de cada uno y cada una³³.

A través de las voces de 70 niñas, niños y adolescentes y de decenas de personas cuidadoras y familiares de personas encarceladas, hombres y mujeres en prisión y ex privadas de la libertad, se analizan los distintos impactos que la prisión tiene sobre la vida de los NNAPes, articulados en los siguientes temas: i) violencias; ii) Impactos del encarcelamiento en la vida cotidiana de niños, niñas y adolescentes; iii) Estigma o apoyo; iv) Visitas al penal y requisa; v) Percepción de los delitos asociados con drogas; y vi) Percepción sobre las autoridades estatales. Vale la pena reproducir de manera resumida los hallazgos del estudio:

- i. Muchos NNAPes están expuestos a múltiples formas de violencias y a situaciones de exclusión social que se refuerzan con el encarcelamiento de un referente adulto;
- ii. Los NNAPes son sujetos invisibilizados por las políticas de drogas y sus derechos no son tomados en cuenta por el sistema de justicia y las políticas públicas;

³² GIACOMELLO, Corina, *op cit.*, nota 27, p. 33.

³³ *Ibid.*, p. 16.

- iii. La implementación de políticas de drogas punitivas impacta directamente en el aumento del número de NNAPES en general y de los que en este estudio denominamos “NNAPES transnacionales”, es decir, aquéllos que residen en un país distinto al país de detención del referente adulto, o bien los que nacen y/o crecen en el país de detención de la madre o padre (generalmente la madre) y lejos del país y de la familia de origen;
- iv. La comunidad y la escuela deben ser lugares de apoyo y de posibilidad de desarrollo para los NNAPES y no convertirse en agentes reproductores de estigma y discriminación asociados a casos de drogas;
- v. Los NNAPES expresan deseos de cambio; sin embargo, sin políticas públicas integrales centradas en la niñez, pueden verse orillados a repetir las historias y las circunstancias de sus referentes;
- vi. Es urgente incorporar la perspectiva de género en el análisis del encarcelamiento y sus impactos³⁴.

Sobre el último punto, el estudio se remite a la situación de las mujeres encarceladas por delitos de drogas; sin embargo, ofrece una interpretación de perspectiva de género más amplia, al señalar que:

La dimensión de género de las políticas de drogas es más compleja y falta explorarla a fondo. En primer lugar, también el involucramiento de los hombres en delitos de drogas está atravesado por relaciones y construcciones de género, puesto que éstas operan como estructuras identitarias y de relaciones de poder para todas las personas, no sólo para las mujeres. En segundo lugar, el encarcelamiento también impacta en los hombres presos quienes –si bien no todos de la misma manera– aman a sus hijos, los extrañan y son extrañados por ellos y quieren ejercer su paternidad de manera cercana física y emocionalmente. En tercer lugar, existe una dimensión de género entre los propios NNAPES que debe ser estudiada, pues influye en su manera de vivir y externar la pérdida y en los roles que deben asumir como parte de los ajustes al encarcelamiento. Finalmente, la dinámica de género cuantitativa y cualitativamente más grande es, probablemente, la que atañe a las mujeres cuidadoras de los NNAPES, familiares o parejas sentimentales de las personas privadas de la libertad. Como se afirma en este estudio, la población penitenciaria externa está conformada por un ejército de mujeres invisibles que el Estado, a través de sus políticas de drogas, orilla a convertirse en el soporte de la población en prisión, sus hijas e hijos³⁵.

Mujeres privadas de la libertad en México

De acuerdo con *The World Prison Population List* y *The World Female Imprisonment List*, México es el país con la octava población penitenciaria más alta a nivel mundial y la séptima en el caso de mujeres. En términos de tasa por cien

³⁴ *Ibid.*, pp. 80-82.

³⁵ *Ibid.*, p. 80.

mil habitantes, el promedio mundial es de 145, mientras que en México es de 164³⁶. Las mujeres representan 5.5% de la población penitenciaria, con una tasa de 8.8 encarceladas por cien mil habitantes³⁷.

Datos de septiembre de 2018 de la extinguida Comisión Nacional de Seguridad muestran un total de 10,526 mujeres privadas de la libertad y 191,877 hombres en prisión. La mayoría de las mujeres se encontraba procesada (3,676) o sentenciada (4,627) por delitos del fuero común, y las restantes estaban procesadas (1,280) o sentenciadas (937) por delitos del fuero federal.

El *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales de 2018*³⁸ del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) refiere un total de 180,475 personas privadas de la libertad en centros estatales en 2017. De éstas, 9,088 son mujeres. La nacionalidad prevaleciente es la mexicana, seguida por la Estadounidense (54 mujeres), Colombiana (38), Hondureña (18), Guatemalteca (12), "otras nacionalidades de Sudamérica" (distintas de Argentina, Colombia y Brasil) (12), "de algún país europeo" (6), "de algún país del Caribe" (5), Salvadoreña (4), Beliceña (2), Nicaragüense (2), Costarricense (1), Panameña (1), Brasileña (1), y "de algún país asiático" (1). En el fuero común los delitos contra la salud constituyeron el 7.37% del total de delitos cometidos por mujeres reclusas, siendo la posesión simple de narcóticos el más recurrente. En cuanto a los delitos del fuero federal, los delitos contra la salud representan el 44.78% del total, es decir, casi la mitad de los delitos cometidos, siendo 'otros delitos federales contra la salud relacionados con narcóticos' los de mayor incidencia.

Para Chiapas, el *Censo* reporta una población reclusa de 3,952 personas, de las cuales 136 mujeres. De éstas, 125 son mexicanas. Las demás nacionalidades están divididas de la siguiente manera: Guatemalteca (8) y Hondureña (3).

Con respecto a los delitos, se reportan 118 delitos cometidos por mujeres en el fuero común: 18 homicidios; 3 lesiones; 2 otros delitos que atentan contra la vida y la integridad personal; 5 privación de la libertad; 2 retención o sustracción de menores incapaces; 1 rapto; 4 secuestro exprés; 4 otro tipo de secuestro; 1 violación equiparada por introducir cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene; 30 acumulación de distintos tipos de robo; 3 fraude; 1 abuso de confianza; 1 daño a la propiedad; 12 despojo; 1 violencia familiar; 1 corrupción de menores e incapaces; 4 trata de personas con fines de explotación sexual; 2 otros delitos contra la sociedad; 2 posesión con fines de comercio o suministro; 1 otros delitos contra la seguridad pública y la seguridad del Estado; 20 otros delitos.

³⁶ WALMSLEY, Roy, *op. cit.*, nota 24, p. 164.

³⁷ WALMSLEY, Roy, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

³⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. "*Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2018*" [en línea]. México: INEGI, 2019, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/proyectos/bd/censos/gobierno2018/CNGSPSE2018/PobCentPenit.asp>.

Por ende, en el fuero común, las principales razones de ingreso de mujeres fueron robo, homicidio, delitos asociados con secuestro; despojo y trata de personas con fines de explotación sexual.

En el fuero federal, en 2017 se registró el ingreso de 26 mujeres, por los siguientes delitos: 6 transporte de narcóticos; 2 delitos en materia fiscal; 7 delitos electorales; 1 otros delitos contra la administración del Estado; 1 ejercicio indebido del servicio público; 7 peculado; y 2 tráfico de indocumentados.

Con respecto a las condiciones de reclusión, los datos arrojados por el *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria*³⁹ (DNSP) de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos muestra que a nivel nacional las mujeres se encuentran recluidas principalmente en áreas o dormitorios destinados a ellas en centros mixtos, donde prevalece la población de hombres privados de la libertad. El último DNSP contiene un apartado enfocado en las mujeres, donde se señala lo siguiente:

Respecto de la distribución del tipo de centros que albergan mujeres por entidad federativa, se observa que 17 (53%) Estados sólo cuentan con centros mixtos para ubicar a las mujeres, en 10 (31%) tienen tanto prisiones femeniles como mixtas y sólo 5 (16%) Entidades ubican a su población femenil en centros específicos para internas⁴⁰.

La presencia de mujeres en centros mixtos varía enormemente: por ejemplo, en el *Diagnóstico* se muestra que en el Centro Penitenciario Regional de Évora, Angostura, Sinaloa, había dos mujeres internas frente a una población de 104 hombres⁴¹.

En términos generales, los centros mixtos obtuvieron una evaluación menor que los centros femeniles: 5.98 los primeros frente a 7.57 de los segundos. Como se resalta en el *Diagnóstico*, los centros femeniles responden de manera más efectiva a las especificidades y necesidades de las mujeres privadas de la libertad, así como las de sus hijas e hijos.

Chiapas alberga a mujeres en tres centros: el Centro de Reinserción social 5, en las inmediaciones de San Cristóbal de las Casas, que es un centro mixto; en el número 14, "El Amate", ubicado en el municipio de Cintalapa a una hora de Tuxtla Gutiérrez, la capital del estado y el Centro Femenil ubicado en Tapachula. De acuerdo con información de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana obtenida por la autora, en junio de 2019, los centros penitenciarios del país albergaban, respectivamente, a 17, 94 y 43 mujeres. En mayo del mismo año la autora pudo visitar a los dos primeros centros, como se reporta en el siguiente apartado, enfocado en la dimensión cualitativa de las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas.

³⁹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. "*Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2018*". Ciudad de México: CNDH, 2018.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 499.

⁴¹ *Ibid.*, p. 334.

El *Diagnóstico* otorgó una evaluación al sistema penitenciario del estado de Chiapas de 6.01⁴², en una escala donde el mejor evaluado es Guanajuato (8.21) y el peor evaluado Tamaulipas (4.92). Chiapas ocupa el lugar 22 de los 32 estados, donde el 32 es el más bajo. La evaluación de 6.01 representa una mejora respecto a los años previos (6.00 en 2014, 5.27 en 2015, 5.38 en 2016 y 6.00 en 2017); sin embargo, es más baja que la primera evaluación (6.36) de 2011. Cabe señalar que Chiapas es de los pocos estados que cuenta con un centro femenino, específicamente el de Tapachula. Éste obtuvo una evaluación de 6.41 con tendencia descendiente.

En 2018 se publicó el estudio *Criminalización de mujeres migrantes. Análisis de seis casos de la frontera sur*⁴³. A través del estudio y acompañamiento de seis casos de mujeres centroamericanas privadas de la libertad por el delito de trata en Tapachula, el estudio arroja las siguientes conclusiones:

A partir de la revisión de seis casos, este informe encontró que el sistema de justicia penal es en particular agresivo cuando se trata de mujeres, migrantes, pobres e indígenas. Si a dicha política migratoria, basada en la criminalización de la migración en los hechos, sumamos la militarización de las actividades de seguridad por decisión del gobierno federal, tal como ha sucedido en la región, el panorama es desolador, marcado por una constante comisión de abusos y violaciones a derechos humanos en contra de las y los migrantes y refugiadas(os). Por si esto fuera poco, esta realidad se ha vuelto un verdadero caldo de cultivo para una persistente violencia atribuible al crimen organizado que actúa en connivencia con el poder público y a la proliferación de redes de trata de personas. Lo anterior se ve agravado por las condiciones de extrema violencia y precarización en Centroamérica que obligan a las personas a cruzar la frontera, así como por la violencia y discriminación estructural de género que enfrentan las mujeres constantemente. Los resultados de esta combinación representan graves violaciones a los derechos humanos, y quienes lo sufren con mayor crudeza son las personas más vulnerables⁴⁴ (énfasis añadido).

Los casos descritos en el informe se remiten a mujeres víctimas de trata criminalizadas como tratantes, una realidad recurrente en Chiapas y particularmente reflejada en la población de mujeres recluidas en el Centro Femenil de Tapachula. Como se muestra en el siguiente apartado, el cruce entre violencia de género, pobreza y migración no abarca únicamente a las mujeres centroamericanas o que son migrantes en calidad de extranjeras, sino a las mujeres extranjeras y mexicanas que migran siguiendo los flujos del tráfico internacional de drogas.

⁴² *Ibid.* p. 417.

⁴³ CENTRO PRODH, UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA CIUDAD DE MÉXICO y CENTRO DE DERECHOS HUMANOS FRAY MATÍAS DE CÓRDOVA, A.C. "Criminalización de mujeres migrantes. Análisis de seis casos en la frontera sur" [en línea]. Ciudad de México: Centro Prodh, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2017, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en: http://cdhfraymatias.org/web/wp-content/uploads/2017/12/MujeresMigrantes_nov17-1.pdf

⁴⁴ *Ibid.*, p. 157.

“Traficantes y traficadas”

Los siguientes apartados contienen estudios de caso de mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas, cuya realización puede ser asociada a ejemplos de migración interna o internacional.

Gaby⁴⁵

A los doce años Gaby empezó a transportar marihuana desde Oaxaca a la Ciudad de México, para contribuir al sustento económico de su familia. Desde que su padre migró a los Estados Unidos, la familia de Gaby, ubicada en un pueblo zapoteco en la sierra de Oaxaca, vio reducirse su nivel de vida, de por sí sumido en la pobreza.

Gaby narra así su involucramiento en el tráfico:

“La situación económica era muy difícil.

Fui un año a la secundaria pero empecé a faltar mucho porque mi mamá también se empezó a enfermar y no había quién nos ayudara. Luego yo iba a pedir dinero prestado: “Préstenos cien pesos, préstenos doscientos pesos para comprarnos comida”. Las cosas que se necesitaban en la casa...

Entonces llegó un día en que yo me topé con una persona de allí mismo del pueblo, y le dije que si nos podía prestar dinero. Y me dijo que debíamos de ganarnos el pan, para salir adelante. Entonces me dijo: “Yo te ofrezco un trabajo. Te ofrezco que me acompañes. Vamos a México. Tú vas a cargar un paquetito que yo te voy a dar y yo te voy a dar dinero a cambio de eso”. Esa fue la primera vez que yo viajé.”

A partir de ese primer viaje, y por algunos años, Gaby, apenas adolescente, empezó a transportar marihuana. El tráfico de drogas se convirtió en una opción, o, más bien, en la única *elección obligada*, pues el crimen organizado era el mejor proveedor de empleo, sin distinción de edad, género o etnia, en un pueblo donde el Estado llegaba únicamente para erradicar cultivos ilícitos, y la educación y la salud no eran servicios al alcance de todos. La justicia tampoco lo era, como lo descubriría Gaby a los quince años, cuando fue víctima de violación y quedó embarazada. Después de su primera hija, tuvo a otro hijo, Mateo, que nació con parálisis cerebral. El costo de los estudios médicos eran demasiados elevados, sólo se podían pagar con los ingresos derivados del transporte de marihuana. Su pena es de 10 años por transporte de marihuana en el Centro Femenil de Internamiento Tanivet, Oaxaca. A la fecha de escribir este capítulo, Gaby tiene dos semanas de haber recuperado la libertad. Gaby pudo salir gracias a un beneficio de pre-liberación previsto en la LNEP. Anteriormente, cuando Gaby había solicitado la detención domiciliaria para poder cuidar a su

⁴⁵ El caso de Gaby puede ser consultado en el video documental disponible en el enlace: <https://www.wola.org/es/mujeres-politicas-de-drogas-y-encarcelamiento-en-las-americas/>

hijo, el juez federal le contestó a Gaby que el permiso no procedía, por tratarse de un delito federal. Y concluyó con un corolario moral: “Los hijos son los hijos y el delito es el delito y debería haberlo pensado antes”.

Orfa⁴⁶

Orfa participó junto con otras mujeres privadas de la libertad en el centro femenino de reinserción social Tanivet (Oaxaca, México) – entre ellas Gaby – en un proyecto de realización de documentales sobre mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas, en julio de 2017.

Cuando empezamos a hablar con ella, nos dijo que a ella le habían enseñado que hay que obedecer al marido. Orfa, su esposo y sus hijos vivían al día. En una ocasión, él contrajo una deuda:

“En una ocasión, él pidió un dinero prestado. Allí fue donde las cosas se complicaron más porque lo que él ganaba, y lo poco que yo también aportaba, no era suficiente para ir cubriendo la deuda. Cuando el familiar empezó: “¿Cuándo me vas a empezar a pagar? Mira que el tiempo va corriendo”, él [el esposo] se ponía de muy mal humor...”

Dice: “Para que nos quede más, ¿por qué no me apoya usted?”.

Realmente, desde un principio, estuve consciente de que en el momento de alguna detención... éste era el lugar que me podría esperar.”

Orfa se involucró así en el tráfico de cocaína de Guatemala a México, impulsada por el marido, a quien había aprendido a obedecer, en apego a su educación y con base en la violencia que él ejercía en su contra, y que estaba normalizada para ambos. La droga la cargaba Orfa, escondida debajo de la falda, pegada a sus piernas. Ella y el marido siempre viajaban con el menor de sus hijos, un niño de aproximadamente dos años. Cuando los detuvieron, le amenazaron con quitarle a su hijo, para dárselo a una familia “que realmente lo quisiera”. Finalmente, el niño fue enviado a una institución pública. El marido de Orfa fue declarado inocente y se regresó a Guatemala con el niño. Orfa fue declarada culpable y sentenciada a cinco años de prisión.

Al final de la semana que transcurrimos entrando a grabar en Tanivet, le preguntamos a Orfa qué mensaje quería compartir con las demás mujeres, y contestó:

“He aprendido muchas cosas sobre la violencia contra la mujer. Y es algo que me gustaría mucho: poder ayudar a otras mujeres también, que con mi experiencia ellas puedan aprender... aprender cosas. Tú como mujer tienes el derecho a decir no. Cuando dices no, nadie puede obligarte a hacer las cosas.”

⁴⁶ El caso de Orfa puede ser consultado en el video documental disponible en el enlace: <https://www.wola.org/es/mujeres-politicas-de-drogas-y-encarcelamiento-en-las-americas/>

Mujeres privadas de la libertad por drogas en Chiapas

Mónica se encuentra privada de la libertad en “El Amate”. La conocí en marzo de 2019 en el área de psicología del centro femenino ubicado al lado del área varonil. Tiene 24 años y sufre de trastorno de la personalidad límite. Está acusada de narcomenudeo: la detuvieron en 2017 con 1 kg de cocaína, 2 kg de marihuana, medio kg de piedra y unas cinco onzas de cristal. Su historia comienza con el despliegue de la violencia sufrida: a los tres años fue víctima de violación por su tío y fue enviada a un internado. A los diez años fue nuevamente víctima de violación en el internado, de la cual nació su primer hijo.

A los 14 años mató al tío que la había violado. En la entrevista – que no pudo ser grabada – relata otros homicidios y afirma que trabajó como sicaria en Tapachula para un cártel mexicano:

“Preferí el sicariato a la prostitución”

Ella es una de las guatemaltecas presas por delitos de drogas en las cárceles chiapanecas.

A dos días de visitar el Amate, tuve la oportunidad de entrevistar a mujeres indígenas privadas de la libertad en el Cereso 5 de San Cristóbal. Entrevisté a cuatro mujeres; tres de ellas estaban acusadas de un delito relacionado con drogas.

La primera, Lucía estaba sentenciada a diez años y tres meses por transporte de marihuana y cocaína. Es tzotzil, viuda, tiene 62 años y siete hijos. No sabe leer y escribir, excepto lo poco que aprendió en la cárcel

“Hace años las mujeres casi no nos metían a la escuela, sólo los varones. Las mujeres era para que cuidáramos al hombre y la casa. No era necesario que estudiáramos.”

Antes de la detención se dedicaba al empleo doméstico; “siempre he trabajado en la limpieza”, afirma.

Se dedicaba a lavar ropa por un señor en San Cristóbal; un día él le ofreció ganar más dinero lavando ropa también con su esposa: la subió un taxi para Tuxtla y le entregó un paquete. Lucía fue detenida en un puesto de revisión:

“Así fue como me engañaron y no me creyeron. La ley no me creyó.”

Lucí se tapa la cara con las dos manos y murmura entre las lágrimas:

“Ya no quiero recordarme”.

Cuando la detuvieron, en 2013, su hija menor tenía nueve años. A los doce fue víctima de violación y actualmente no sabe dónde se encuentra.

Posteriormente, hablé con Concepción y Guadalupe, dos mujeres co-acusadas del delito de transporte de 1.4 kilos de marihuana. Ambas son tzeltales y decidieron darme la entrevista juntas porque Guadalupe casi no habla ni entiende español. Las dos son madres solteras. Concepción, con 22 años de edad, tiene dos hijos de 5 y 7 años. Guadalupe, en cambio, tiene 50 años y está a cargo de tres hijos (de 18, 16 y 7 años) y de tres de sus nietos (de 11, 13 y 9 años). Ambas fueron víctimas de maltrato por sus maridos. Fueron detenidas juntas en mayo de 2018 y pasaron seis meses en El Amate. Concepción afirma que se quiere matar; no tiene ningún contacto con sus hijos porque en su ejido no hay teléfono. Ambas accedieron a transportar la marihuana por cien pesos y fueron detenidas por Palenque. Cuando hablan del delito afirman que estaban buscando trabajo en Chenaló:

“Somos pobres.”

Discusión

Los casos presentados en el apartado anterior forman parte de diversas investigaciones de la autora⁴⁷, llevadas a cabo entre 2007 y 2019 en centros de reinserción de la Ciudad de México, Oaxaca, Chiapas y en el Centro Federal Femenil de Reinserción Social-Centro de Prestación de Servicios, ubicado en el estado de Morelos. Con la excepción de las entrevistas llevadas a cabo en Chiapas, y que son fruto de una investigación en curso sobre mujeres usuarias de drogas y acceso a tratamiento, las demás han sido publicadas.

En este lapso ha habido cambios importantes en las políticas de drogas: con la reforma en materia de narcomenudeo en 2009, por ejemplo, la pena mínima para personas acusadas de introducción de drogas a un centro de reclusión pasó de 15 a 6 seis años. Asimismo, con la LNEP, se derogan los impedimentos para que personas sentenciadas por delitos contra la salud puedan recibir una alternativa a la prisión en fase de ejecución de la pena.

Sin embargo, cuando nos asomamos a conocer la historia de vida y las circunstancias de involucramiento de las mujeres en delitos de drogas, no parecen haber cambiado.

En primer lugar, el perfil de las mujeres sigue siendo el de mayoritariamente pobres, con historias de vida marcadas por la violencia de género y a cargo de hijas, hijos y otras personas dependientes. Los roles y la violencia de género,

⁴⁷ GIACOMELLO, Corina. “Women and Drug Policies in Latin America: A Critical Review of the United Nations Resolution “Mainstreaming a Gender Perspective in Drug-Related Policies and Programmes”. *The Howard Journal*, vol. 56, n° 3, 2017, pp. 288-308; GIACOMELLO, Corina. “Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México”. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2013; GIACOMELLO, Corina, BLAS, Isabel y ERREGUERENA, Isabel. “Políticas de drogas, género y encarcelamiento en México: Una guía para políticas públicas incluyentes” [en línea]. Ciudad de México: EQUIS JUSTICIA PARA LAS MUJERES, A.C., 2017, [fecha de consulta: 21 de julio de 2019] Disponible en: <http://equis.org.mx/politicas-de-drogas-genero-y-encarcelamiento-en-mexico-una-guia-para-politicas-publicas-incluyentes>.

por lo tanto, son herramientas de análisis clave para entender quiénes son las mujeres privadas de la libertad.

El género como construcción social relacional influye también en los roles que desempeñan las mujeres, principalmente en los eslabones más bajos del narcotráfico y, por lo tanto, más expuestas a ser detenidas.

El engaño es una de las modalidades de involucramiento; no obstante, suele prevalecer la adhesión voluntaria a la comisión del delito desde un contexto de victimización. La agencia y la vulnerabilidad de las mujeres se cruzan para dar pie a lo que aquí se denomina “elección obligada”.

Asimismo, a la dimensión de género, se suma la necesidad de un enfoque interseccional. En este estudio, el término se utiliza para hacer referencia a los múltiples niveles de opresión que sufren las mujeres y a cómo el género se cruza con la raza, la clase, la sexualidad, la nacionalidad, la situación jurídica entre otras adscripciones identitarias y categorías de opresión, conformando así múltiples identidades y múltiples formas de exclusión y marginación. Ninguna de las mujeres cuyos casos son presentados en este artículo es definida únicamente por su condición de género, sino también de indígena, migrante, pobre y madre. Todas estas miradas deben ser hiladas para comprender y redefinir el cruce con las políticas de drogas y la criminalización.

Las hijas y los hijos son las víctimas invisibilizadas de las políticas de drogas, fruto de una retórica que se pone como objetivo impedir la demanda y oferta de sustancias y que, para lograrlo, genera un aparato donde los costos colaterales recaen sobre sujetos que no sólo no son vistos, sino estigmatizados a la par que sus madres.

Por ello, aquí se postula que las políticas de drogas refuerzan la violencia contra las mujeres y crean nuevas formas de violencia de género a través del encarcelamiento. Las mujeres privadas de la libertad, consideradas como “traficantes” y símbolo de los éxitos de las políticas de control de la oferta, son, en realidad “traficadas” y reducidas a objetos, al igual que las sustancias que venden, producen y transportan. El tráfico de mujeres por políticas de drogas no es producto – únicamente – de acciones mercantiles del crimen organizado, sino de políticas de Estados: la prohibición, por un lado, y las formas específicas de su implementación.

Las políticas de drogas generan familias transnacionales, es decir, familias de migrantes separados por políticas del Estado. Esta separación deja a menudo en una situación de desprotección a las hijas e hijos de las personas encarceladas; sin embargo, no hay acciones del Estado orientadas a prevenir, atender o reparar esta desprotección, sino que los NNAPES son considerados parte de los costos colaterales del derecho penal y de las acciones de sus progenitores.

Bibliografía

- CENTRO PRODH, UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA CIUDAD DE MÉXICO y CENTRO DE DERECHOS HUMANOS FRAY MATÍAS DE CÓRDOVA, A.C. "Criminalización de mujeres migrantes. Análisis de seis casos en la frontera sur" [en línea]. Ciudad de México: Centro Prodh, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2017, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en: http://cdhfraymatias.org/web/wp-content/uploads/2017/12/MujeresMigrantes_nov17-1.pdf
- CHAPARRO, Sergio, PÉREZ Correa, Catalina y YOUNGERS, Coletta. "Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina". Ciudad de México: CEDD, 2017.
- COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. "La situación de la violencia relacionada con las drogas en México del 2006 a 2017: ¿Es un conflicto armado no internacional?" [en línea]. Ciudad de México: CMSPDH, ITESO, 2019, [fecha de consulta: 27 de julio de 2019] Disponible en: <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-la-situacion-de-la-violencia-con-las-drogas-2006-a-2017.pdf>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Medidas para reducir la prisión preventiva" [en línea]. Washington: CIDH, 2017, [fecha de consulta: 22 de julio de 2019] Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Violencia, niñez y crimen organizado" [en línea]. Washington: CIDH, 2015 [fecha de consulta: 26 de julio de 2019] Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. "Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2018". Ciudad de México: CNDH, 2018.
- GIACOMELLO, Corina. "Niñez que Cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe" [en línea]. Buenos Aires: Church World Service, 2019 [fecha de consulta: 4 de agosto de 2019] Disponible en: <http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/es>
- GIACOMELLO, Corina. "Women and Drug Policies in Latin America: A Critical Review of the United Nations Resolution "Mainstreaming a Gender Perspective in Drug-Related Policies and Programmes". *The Howard Journal*. vol. 56, n° 3, 2017.
- GIACOMELLO, Corina. "Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México". Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2013.
- GIACOMELLO, Corina, BLAS, Isabel y ERREGUERENA, Isabel. "Políticas de drogas, género y encarcelamiento en México: Una guía para políticas públicas incluyentes" [en línea]. Ciudad de México: EQUIS JUSTICIA PARA LAS MUJERES, A.C., 2017, [fecha de consulta: 21 de julio de 2019] Disponible en: <http://equis.org.mx/politicas-de-drogas-genero-y-encarcelamiento-en-mexico-una-guia-pa-rra-politicas-publicas-incluyentes>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. "Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2018" [en línea]. México: INEGI, 2019, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en:

- <https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/proyectos/bd/censos/gobierno2018/CNGSPSE2018/PobCentPenit.asp>
- NUTT, David, KING, L. A., y PHILLIPS, L. D. "Drug Harms in the UK: A Multicriteria Decision Analysis". *The Lancet*. vol. 376, no. 9752 (noviembre), 2010.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. "Informe Mundial sobre las Drogas 2017" [en línea]. Viena: UNODC, 2017, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en: https://www.unodc.org/wdr2017/field/WDR_BookletI_Exsum_Spanish.pdf
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Alcohol" [en línea]. OMS, 2018, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/alcohol>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "La dimensión de salud pública del problema mundial de las drogas. Informe de la Secretaría" [en línea]. OMS, 2016, [fecha de consulta: 2 de agosto de 2019] Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/273325/B140_29-sp.pdf?sequence=1&Allowid=y&ua=1
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Glosario de términos de alcohol y drogas" [en línea]. Madrid: Gobierno de España, OMS, 1994, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019] Disponible en: https://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf?ua=1
- NACIONES UNIDAS. "Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas" [en línea]. Nueva York: Naciones Unidas, [fecha de consulta: 29 de julio de 2019], 2009, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_52/Political-Declaration2009_V0984966_S.pdf
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. "Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024" [en línea]. México: Presidencia de la República, 2019, [fecha de consulta: 24 de julio de 2019] Disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2019/05/PLAN-NACIONAL-DE-DESARROLLO-2019-2024.pdf>
- WALSMLEY, Roy. "World Prison Population List (twelfth edition)" [en línea]. Londres: Institute for Criminal Policy Research, 2018, [fecha de consulta: 24 de julio de 2019] Disponible en: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf.
- WALMSLEY, Roy. "World Female Imprisonment List. Fourth edition. Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners" [en línea]. Londres: Institute for Criminal Policy Research, 2017, [fecha de consulta: 3 de Agosto de 2019] Disponible en: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf
- WASHINGTON OFFICE ON LATIN AMERICA y TRANSNATIONAL INSTITUTE. "Sistemas sobrecargados" [en línea]. Washington: WOLA y TNI, 2010, [fecha de consulta: 22 de julio de 2019], Disponible en: http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/Sistemas_sobrecargados/sistemas_sobrecargados_web2.pdf.

“Régimen de migración mexicano actual y acceso a derechos por parte de las personas extranjeras: perspectiva de género desde la frontera sur mexicana”

Larisa Kosygina¹

Introducción

El régimen de migración mexicano como una constelación de estructuras sociales construidas a nivel nacional como respuesta a la movilidad de las personas es un sistema de diferenciación. Contiene diferentes modos de admisión de extranjeros al territorio nacional mexicano y su sociedad. Esto se refleja en las reglas del cruce de fronteras y la adquisición de estatus legal en el país, así como en la existencia de varios tipos de estatus legales disponibles para los extranjeros.² Cada estatus legal está relacionado con cierto alcance de los derechos disponibles para los extranjeros en territorio mexicano. No obstante, cuando hablamos del acceso a recursos y derechos por parte de los extranjeros en la sociedad receptora, necesitamos tomar en consideración que este acceso está condicionado no solo por los estatus legales impuestos a ellos por la legislación, sino también por la intersección del “posicionamiento legal de extranjeros” con otras dimensiones de diferenciación social como género, edad, nacionalidad, etnicidad, estatus económico, características de su movilidad internacional (por ejemplo, por cuanto tiempo permanecerán en la sociedad receptora), etc.³ A la luz de esto, es más bien problemático que un proyecto de investigación (más aún, el capítulo de un libro) pueda ser capaz de abarcar toda la heterogeneidad de las situaciones socio-legales de los extranjeros en relación a su acceso a los derechos y recursos.

El propósito de este texto no es proporcionar una lista completa de discriminaciones de género de los extranjeros en la frontera sur de México. El propósito es mostrar que la dimensión de género de la ley escrita puede ser vista

¹ Doctora en Estudios de Rusia y de Europa del Este por la Universidad de Birmingham, Reino Unido. Catedrática CONACYT adscrita al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas dentro del proyecto 232 titulado “La protección jurídica de las niñas y mujeres migrantes en la Frontera Sur”.

² Cfr. Artículos 40, 42, 52, Ley de Migración, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>

³ Flippen, Chenoa A., “Intersectionality at work: determinants of labor supply among immigrant latinas”, *Gender & Society*, vol. 28, núm. 3, 2014, pp. 404–434.

Kosygina, Larisa, “Forced re-settlers’ in post-Soviet Russia: gender and age dimensions of social inequality in state assistance with permanent housing”, en Ilic, Melanie (ed.), *The Palgrave handbook of women and gender in twentieth-century Russia and the Soviet Union*, Nueva York, Springer, 2018, pp. 395–410.



solo cuando es puesta en el contexto de una realidad social donde opera. Para demostrar esto, discutimos dos asuntos muy diferentes pero interconectados. El primero es como la comprensión de género reflejada en la legislación escrita afecta las experiencias de los extranjeros de géneros “no binarios”; y el segundo es cómo la intersección de ciertas normas legales reguladoras del acceso de extranjeros al mercado laboral en México con el género como una diferenciación social afecta la situación de los guatemaltecos en el mercado laboral de la frontera sur de México.

Este capítulo está basado en un análisis del marco normativo que regula el acceso de las personas extranjeras a los derechos y recursos en la frontera sur de México. Los resultados de este análisis están en un diálogo con la literatura académica, que investiga las experiencias de los migrantes con acceso a los recursos y derechos en esta región. Realizamos análisis descriptivo de estadística para contextualizar los datos obtenidos.

En la primera sección de este capítulo proporcionamos un marco teórico y metodológico, el cual usamos para abordar la exploración entre la ley escrita y las experiencias de los extranjeros. En la segunda sección proporcionamos información acerca de la posición de México y su frontera sur en el contexto de migración internacional. En esta parte también introducimos las interpretaciones del término “frontera”, los cuales empleamos en nuestro texto. La tercera sección del capítulo discute como el entendimiento de género reflejado en la legislación escrita afecta las experiencias de los extranjeros que no encajan en la diferenciación de género que podemos encontrar en esta legislación. La cuarta sección se refiere a la exploración de la intersección de cierta norma legal, la cual regula el acceso de los extranjeros al mercado laboral en México, con el género en el caso de guatemaltecos en el mercado laboral de la frontera sur de México.

Marco teórico-metodológico de análisis: régimen de migración y género

En este texto usamos el concepto “régimen de migración”. En nuestro entendimiento del concepto antes mencionado seguimos a los académicos que han estudiado la migración internacional en el espacio post-Soviético a través de aplicación de la teoría de estructuración.⁴ Desde esta perspectiva teórica un régimen de migración es el conjunto de estructuras sociales que están construidas y reproducidas en una sociedad como respuesta al movimiento geográfico de las personas. Un régimen de migración consiste en los siguientes tipos de estructuras:

- Estructuras de significación – conjunto de discursos que producen significaciones sobre migración y migrantes.

⁴ Pilkington, Hilary, *Migration, displacement and identity in post-Soviet Russia*, Londres, Routledge, 1997, p. 252.

Flynn, Moya, *Migrant resettlement in the Russian Federation: reconstructing “homes” and “homelands”*, Londres, Anthem Press, 2004, p. 256.

- Estructuras de legitimación – conjunto de normas que regulan las conductas de los actores sociales (personas, organizaciones, grupos sociales), quienes están involucrados en interacciones relativas a los asuntos vinculados con migración. Las estructuras de legitimación están constituidas por normas escritas (documentos normativos [internacionales, nacionales, locales, institucionales]) y por normas no escritas.
- Estructuras de dominación - composición y posicionamiento de los recursos disponibles para los diferentes actores sociales involucrados en la construcción y reproducción del régimen de migración.

Estos tres tipos de estructuras sociales están interconectados profundamente y pueden ser separados solo analíticamente. Las significaciones adscritas a fenómenos sociales, personas, cosas, espacios, lugares, periodos de tiempo et- cetera, influyen en la construcción y reproducción de las normas que regulan una sociedad y la posesión de recursos en esta. Las normas informan la distribución de los recursos entre los actores sociales y contribuyen a la construcción y reproducción de los significados. La composición y posicionamiento de los recursos resulta en la desigualdad de capacidades de los actores sociales a influir en la construcción e implementación de las normas y la construcción y reproducción de los significados. Todas estas estructuras están involucradas en las interacciones de los actores sociales y son reproducidas/transformadas a través de estas interacciones.

El concepto “régimen de migración” nos permite ver la complejidad de interconexiones entre las estructuras sociales y las experiencias de los actores sociales. Es bastante difícil explorar tal complejidad en un proyecto de investigación. En muchos casos, el investigador usará “breaketing”, la cual es una técnica metodológica sugerida por la teoría de la estructuración (Giddens, 1984). La esencia de esta técnica consiste en que el investigador no se enfoca en todas las interconexiones existentes, sino únicamente en algunos elementos de esta complejidad. Por ejemplo, un investigador puede explorar interconexiones entre estructuras de significación y estructuras de dominación, o entre estructuras de significación y estructuras de legitimación, o entre estructuras de legitimación y prácticas sociales, etc. En este artículo exploramos las interconexiones entre la ley escrita, la cual es parte de las estructuras de legitimación, y las prácticas sociales. Este enfoque en algunos elementos no nos hace olvidar el panorama general de las interconexiones existentes. El empleo del concepto “régimen de migración” nos permite indicar que reconocemos la complejidad existente, aunque no la exploramos en su totalidad en el presente texto.

El concepto “régimen de migración” como conjunto de estructuras sociales refleja las dimensiones de diferenciación social existentes en la sociedad, que se

producen y reproducen a través de múltiples procesos de otredad, es decir, de la construcción de “otros” y “otras” mediante la creación y/o ampliación de las diferencias existentes entre un “nosotros” y un “no-nosotros”. Ya que la línea entre “nosotros” y “otros” se puede establecer con base en diferentes criterios, los procesos de otredad pueden tomar una variedad de formas⁵. En tanto que intervienen algunos mecanismos sociales, las heterogeneidades creadas por los procesos de otredad pueden transformarse en desigualdades sociales.⁶

En nuestro proceso de investigación utilizamos el entendimiento de género como una dimensión de diferenciación social que estructura las prácticas de los actores sociales.⁷ El recurso para mantener esta dimensión es la existencia de diferencias biológicas entre las personas. Debe señalarse que tal o cual diferencia biológica entre las personas adquiere su significado como un recurso de construcción de la dimensión de género solamente dentro de cierta cosmovisión, en determinada cultura. El proceso de creación y reproducción de la dimensión de género incluye: 1) el proceso de exageración de la influencia de las diferencias biológicas entre las personas en términos de las características y el comportamiento de una persona; 2) el proceso de construcción e incremento de las diferencias no biológicas entre las personas que ya han sido señaladas como representativas de diferentes grupos de género. Aquí hablamos acerca de “grupos de género”, no acerca de “mujeres” y “hombres”, porque tal división dicotómica no es universal. En el mundo hay sociedades que tienen más de dos “grupos de género”.⁸ Debido al hecho de que las prácticas sociales están constituidas considerando la dimensión de género; los elementos estructurales de la sociedad (estructuras de significación, legitimación, dominación), los cuales son productos de las prácticas sociales, también son “impregnados” por esta dimensión y a su vez influyen a las prácticas sociales.

Antes de empezar nuestra exploración de como la dimensión de género se refleja en la legislación y afecta las experiencias de los extranjeros, queremos hacer una breve descripción acerca de la posición de México y su frontera sur en el contexto de migración internacional.

⁵ Hall, Stuart, *Representation: cultural representations and signifying practices*, Londres, SAGE, 1997, p. 400.

⁶ Schwalbe, Michael y et al., “Generic processes in the reproduction of inequality: an interactionist analysis”, *Social Forces*, vol. 79, núm 2, 2000, pp. 419–452.

Tilly, Charles, *The politics of collective violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 290.

West, Candace y Fenstermaker, Sarah, “Doing difference”, *Gender and Society*, vol.9, núm 1, 1995, pp. 8–37.

⁷ Kosygina, Larisa, *Forced migrants and gender regime of their integration into the receiving society*, Novosibirsk, SBRAS Press, 2003, p. 99.

Zdravomyslova, Elena y Temkina, Anna, “Social construction of gender and the gender system in Russia”, en Zdravomyslova, Elena, y Temkina, Anna (eds.), *The gender dimension of social and political activity in the transition period*, Sankt-Peterburg, Center for Independent Social Research, 1996, pp. 5–14.

⁸ Nanda, Serena, *Neither man nor woman: the bijras of India*, Belmont, CA: Cengage Learning, 1998, p. 208.

Richards, Christina y et al. *Genderqueer and non-binary genders*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2018, p. 324.

México y su frontera sur en el contexto de migración internacional

México es parte del subsistema migratorio mesoamericano⁹, el cual es a su vez parte del sistema migratorio norteamericano.¹⁰ Esta posición de México está condicionada por factores históricos, sociales, políticos y económicos, lo que resultó en conexiones estables de migración de este país con Estados Unidos de América y Canadá, así como con los países que conforman la llamada región mesoamericana (o de acuerdo con otra clasificación - la región centroamericana). La participación de México en el subsistema migratorio mesoamericano y en el sistema migratorio norteamericano no significa que este país no tenga conexiones migratorias con otras partes del mundo. Significa que la conectividad migratoria entre México, Estados Unidos de América y Canadá y entre México y los países centroamericanos son más pronunciadas. Por lo tanto, México es el país de tránsito para las personas que van hacia Estados Unidos de América y Canadá.¹¹ México también es un país de origen de personas que migran a otros países, y la mayoría de estas personas se dirigen a Estados Unidos de América.¹² Además, la mayoría de sus migrantes de retorno vienen de Estados Unidos de América.¹³ Y finalmente, México es un país de destino. De acuerdo con las

⁹ Zubieta, Carlos Heredia (coord.), *El sistema migratorio mesoamericano*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2016, p. 396.

¹⁰ Massey, Douglas S. y et al. *Worlds in motion : understanding international migration at the end of the millennium*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 316.

“Sistema migratorio” es un concepto acuñado en el área de Estudios de Migración para indicar conglomeraciones de países, los cuales están conectados por flujos migratorios relativamente grandes. Kritz, Mary M y et al. (eds.), *International migration systems: a global approach*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 368.

Un sistema migratorio tiene un centro. El centro es un país o un grupo de países que tiene conectividad migratoria con todos los demás participantes del sistema. Un sistema migratorio puede tener subsistemas. Esto significa que algunos países fuera del centro también están interconectados por los flujos migratorios. El sistema migratorio norteamericano, el cual está centrado en Estados Unidos de América y Canadá, puede considerarse como global debido a que su centro está relacionado con casi todas las partes del mundo. IOM (International Organization for Migration), “World migration report 2018”, Geneva, IOM, 2018, p. 347.

Sin embargo, las conexiones migratorias entre el centro de este sistema y los países situados en América Latina y el Caribe se hallan entre las más pronunciadas (para una representación gráfica de esta explicación cfr. UN DESA [United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division], *International migrant stock 2017: graphs* <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimatesgraphs.asp?2g2> [consultado el 8 de julio de 2019]).

Jorge Durand indica varios subsistemas del sistema migratorio norteamericano, localizados en América Latina y el Caribe: caribeño, sudamericano y mesoamericano. Este último está conformado por México, Guatemala, Honduras y El Salvador. Durand, Jorge, “El subsistema migratorio mesoamericano”, en Heredia Zubieta, Carlos (coord.), *El sistema migratorio mesoamericano*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2016, pp. 23-61.

¹¹ Canales Cerón, Alejandro y Rojas Wiesner, Martha Luz, *Panorama de la migración internacional en México y Centroamérica*, Santiago, UN CEPAL, 2018, p. 93.

Los migrantes en tránsito que se dirigen al centro del sistema migratorio norteamericano llegan a México no solo desde Centroamérica, sino también de otras partes de América Latina y de otros continentes. Cinta Cruz, Jaime Horacio, *Redes, proyectos y experiencias de migrantes de origen africano y asiático en tránsito por la frontera sur de México. Estudio de caso (Tapachula, Chiapas)*, San Cristóbal de Las Casas, Centro de Estudios Superiores de México y Centroamérica - Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, 2016, p. 178.

¹² UN DESA (United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division), *Trends in International Migrant Stock: The 2017 Revision (United Nations Database POP/DB/MIG/Rev. 2017)*, 2017. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp> (consultado el 8 de julio de 2019).

¹³ García Zamora, Rodolfo y Gaspar Olivera, Selene, “Migración de retorno de Estados Unidos a seis Estados de México. Hacia la reintegración familiar y comunitaria”, en García Zamora, Rodolfo (coord.), *El retorno de los migrantes mexicanos de Estados Unidos a Michoacán, Oaxaca, Zacatecas, Puebla, Guerrero y Chiapas 2000-2012*, Mexico, Universidad Autónoma de

estadísticas oficiales la mayoría de los inmigrantes son ciudadanos de Estados Unidos de América, mientras que el segundo grupo más grande de personas de movilidad internacional viene de Guatemala (Tabla 1). Cabe mencionar que México es un país de destino no solo para extranjeros que aspiran a llegar ahí para vivir y/o trabajar, pero también puede considerarse así para los migrantes en tránsito que no pueden continuar su camino hacia el norte.

Tabla 1. Inmigrantes residentes en México por país de nacimiento, 1990, 2000, 2010 y 2015

País	1990		2000		2010		2015	
	Población	%	Población	%	Población	%	Población	%
Total	339 220	100	519 601	100	968 147	100	1 007 063	100
Estados Unidos	198 230	58.4	358 399	69.0	739 918	76.4	739 168	73.4
Guatemala	42 380	12.5	29 156	5.6	31 888	3.3	42 874	4.3
España	24 620	7.3	21 334	4.1	20 727	2.1	22 646	2.3
Argentina	4 340	1.3	6 625	1.3	14 171	1.5	14 747	1.5
Colombia	4 660	1.4	6 639	1.3	12 832	1.3	18 735	1.9
Cuba	2 660	0.8	7 267	1.4	11 822	1.2	12 768	1.3
Venezuela	1 460	0.4	3 024	0.6	10 786	1.1	15 664	1.6
Canadá	3 100	0.9	7 245	1.4	10 208	1.1	9 816	1.0
Honduras	1 990	0.6	4 203	0.8	9 980	1.0	14 544	1.4
El Salvador	5 060	1.5	5 786	1.1	8 864	0.9	10 594	1.1
Francia	4 190	1.2	5 723	1.1	8 533	0.9	8 625	0.9
China ¹	1 160	0.4	1 876	0.4	8 301	0.8	9 702	0.9
Alemania	4 560	1.3	5 632	1.1	7 033	0.7	6 400	0.6
Otro país	40 730	12.0	56 721	10.9	73 899	7.6	81 622	8.1

Fuente: Estimaciones del CONAPO con base en el INEGI, muestras del diez por ciento del XI Censo General de Población y Vivienda, 1990, XII Censo General de Población y Vivienda, 2000, y Censo de Población y Vivienda 2010, Encuesta Intercensal, 2015. (http://www.conapo.gob.mx/work/models/OMI/NumeraliaMigratoria/Inmigrantes_en_Mexico_2015.xlsx (consultado el 13 de julio de 2019))

¿A qué nos referimos cuando hablamos de “frontera sur mexicana”? El concepto de frontera tiene varias interpretaciones en el campo de las ciencias sociales.¹⁴ La idea de frontera como una línea geopolítica estable es cuestionada por

¹⁴ Zacatecas, Miguel Ángel Porrúa, 2017, pp. 15–64.

¹⁴ Kolossov, Vladimir, “Border Studies: changing perspectives and theoretical approaches”, *Geopolitics*, vol. 10, núm. 4, 2005, pp. 606–632.

la perspectiva constructivista, que la considera como un espacio constantemente producido y reproducido a través de las prácticas de los actores sociales. También hay debates acerca de que tan extendido está este espacio.¹⁵ Tales discusiones se reflejan en los conceptos de “área fronteriza” y “región fronteriza”, que se refieren a la idea de que la frontera y las prácticas de los actores sociales relacionadas con su producción y reproducción se extienden más allá de la franja fronteriza con toda su infraestructura que separa dos países. En el presente texto, la frase “frontera sur mexicana” abarca dos interpretaciones del concepto. Cuando hablamos del cruce de fronteras efectuado por personas como resultado de su movimiento geográfico a México desde otros países, nos referimos a la “frontera sur mexicana” como una línea geopolítica. Cuando hablamos de las experiencias de acceso a recursos y derechos de personas extranjeras en territorio nacional mexicano, nos referimos a la “frontera sur mexicana” como región fronteriza.

La frontera sur mexicana como línea geopolítica separa México de Guatemala y Belice. La longitud de la parte que separa México de Guatemala es de aproximadamente 965 kilómetros, mientras que la longitud de la parte que separa México de Belice es de 278,266 kilómetros en total - 193 kilómetros por tierra y 85,266 kilómetros por mar. De acuerdo a la actual legislación mexicana, la frontera sur mexicana como una región fronteriza abarca territorios de los siguientes estados mexicanos: Chiapas, Tabasco, Campeche y Quintana Roo.¹⁶

La frontera sur mexicana es un espacio de tránsito, origen y retorno de personas de movilidad internacional.¹⁷ Los extranjeros constituyen flujos migratorios de tránsito y destino. Algunos migrantes de tránsito permanecen por distintas razones en la frontera sur mexicana y por lo tanto este espacio se convierte en su destino.¹⁸ Junto con ellos hay muchos extranjeros que desde el principio planearon llegar allá a vivir, trabajar o solo visitar. Ambos grupos - los migrantes de tránsito para quienes la frontera sur mexicana es un lugar de paso y los migrantes para quienes la frontera sur mexicana es un destino - son altamente heterogéneos. Se diferencian en las razones de su movilidad geográfica

¹⁵ Johnson, Corey y *et al.*, “Interventions on rethinking ‘the border’ in Border Studies”, *Political Geography*, vol. 30, núm. 2, 2011, pp. 61–69.

¹⁶ Cfr. Artículo 73, Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5276967&fecha=08/11/2012

¹⁷ Fernández Casanueva, Carmen, *Building migratory trajectories: Guatemalans, Salvadorans and Hondurans at the southern Mexican border*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2010, p. 244.

Martínez Velasco, Germán, “Migración internacional chiapaneca: trayectorias de movilidad, sociodemográficas, y condiciones sociales”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, vol. 8, núm. 15, 2013, pp. 50–91.

Paz Carrasco, Miguel Ángel, “Migración de retorno en Chiapas: alternativas para la reincorporación y arraigo de migrantes retornados y sus familias”, en García Zamora, Rodolfo (coord.), *El retorno de los migrantes mexicanos de Estados Unidos a Michoacán, Oaxaca, Zacatecas, Puebla, Guerrero y Chiapas 2000-2012*, Mexico, Universidad Autónoma de Zacatecas, Miguel Ángel Porrúa, 2017, pp. 159–203.

Rojas Wiesner, Martha Luz y Ángele Cruz, Hugo, “Gendered migrations in the Americas: Mexico as country of origin, destination and transit”, en Piper, Nicola (ed.), *New perspectives on gender and migration: livelihood, rights and entitlements*, Nueva York, Routledge, 2008, pp. 189–246.

¹⁸ Fernández Casanueva, Carmen, *Building migratory trajectories: Guatemalans, Salvadorans and Hondurans at the southern Mexican border*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2010, p. 244.

internacional.¹⁹ Cada uno de ellos está compuesto por personas de diferentes edades, géneros, nacionalidades, estatus económicos, etc.

Las estadísticas oficiales demuestran una correlación entre la nacionalidad de los extranjeros y su distribución en el territorio mexicano.²⁰ La frontera sur mexicana, por ejemplo, se caracteriza por el hecho de que la mayoría de los ciudadanos de Guatemala que viven en México, habitan en esta parte del país.²¹ Sin embargo, personas de otros países de Centroamérica y otras partes del mundo se presentan ahí también (Gráfica I presenta información acerca de Chiapas). De acuerdo a las estadísticas oficiales, en 2015 habían 39,622 inmigrantes en Chiapas, 23,614 en Quintana Roo, 7,840 en Campeche y 7,011 en Tabasco.²² No obstante, debemos tomar en consideración que estos números son aproximados debido a que también hay extranjeros que viven en la frontera sur mexicana sin ningún estatus legal y por lo tanto no se ven reflejados en las estadísticas.

¹⁹ Los “razones de migración” parecen ser el criterio más extendido para la clasificación de la movilidad geográfica humana. Por ejemplo, la movilidad geográfica de las personas puede clasificarse como migrantes voluntarios y migrantes forzados. Se considera que la movilidad geográfica de los migrantes voluntarios es causada por su propia elección de obtener lo que ellos quieren, mientras que la movilidad geográfica de los migrantes forzados es causada por factores fuera de su control que ponen en peligro su vida. En la literatura académica podemos encontrar clasificaciones adicionales de estos dos grupos. Por ejemplo, los migrantes voluntarios se subdividen en personas que se dirigen a otro lugar con la intención de trabajar ahí (trabajadores migrantes), personas que cambian su lugar de residencia (temporal o permanentemente) con la intención de obtener educación, personas que se dirigen a otro lugar con fines recreativos (turistas), participantes de migración causada por reunificaciones familiares, etc. Los migrantes forzados se subdividen en personas que se movieron por razones políticas, discriminación en diferentes grados que pone en peligro la vida, violencia en general, etc. Duvell Franck, “Spatial mobility of the population: indicators, categories and typologies”, en Zayonchkovskaya Zhanna y *et.al.* (coord.), *Methodology and methods of studying migration processes*, Moscú, Center for Migration Studies, 2007, pp. 70-95.

En la frontera sur mexicana podemos encontrar representantes de todos los grupos de migrantes mencionados anteriormente. Al mismo tiempo, necesitamos señalar que hay textos académicos que cuestionan la clasificación de la movilidad geográfica humana basada en los razones. Por ejemplo, varios autores cuestionan la división clara entre la migración voluntaria y forzada. Richmond, Anthony H., “Sociological theories of international migration: the case of refugees”, *Current Sociology* vol. 36, núm. 2, 1988, pp. 7-25., Pilkington, Hilary, *Migration, displacement and identity in post-Soviet Russia*, Londres, Routledge, 1997, p. 252.

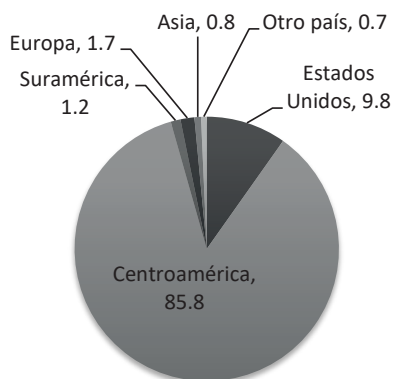
También existe la postura de que las personas migran por varias razones. Para reflejar esta observación se introdujo el término “migración mixta”. Van Hear, Nicholas, “Mixed migration: policy challenges”, *Policy Primer*, Oxford, COMPAS - University of Oxford, 2011, p.7.

²⁰ La información acerca del número de migrantes en México por región de nacimiento según su estado de residencia puede encontrarse en Estimaciones del CONAPO con base en el INEGI, muestras del diez por ciento del XI Censo General de Población y Vivienda, 1990, XII Censo General de Población y Vivienda, 2000, y Censo de Población y Vivienda 2010, Encuesta Intercensal, 2015. http://www.conapo.gob.mx/work/models/OMI/NumeraliaMigratoria/Inmigrantes_en_Mexico_2015.xlsx (consultado el 13 de julio de 2019).

²¹ Pardo, Ana y Dávila-Cervantes, Claudio, “Extranjeros residentes en México. Perfil sociodemográfico, ocupación y distribución geográfica en 2015”, *Carta Económica Regional*, núm 117, 2016, pp. 31-51.

²² Cfr. Estimaciones del CONAPO con base en el INEGI ... http://www.conapo.gob.mx/work/models/OMI/NumeraliaMigratoria/Inmigrantes_en_Mexico_2015.xlsx (consultado el 13 de julio de 2019).

Gráfica 1 Inmigrantes en Chiapas por región de nacimiento, 2015 (%)



Fuente: Elaboración propia con base en Estimaciones del CONAPO y del INEGI ... (http://www.conapo.gob.mx/work/models/OMI/NumeraliaMigratoria/Inmigrantes_en_Mexico_2015.xlsx (consultado el 13 de julio de 2019))

Además de la migración de tránsito e inmigración, la frontera sur mexicana también se caracteriza por migración transfronteriza. En esta modalidad de movilidad internacional, las personas se dirigen a otro país para visitarlo o para trabajar ahí por un periodo corto de tiempo. De acuerdo al estudio efectuado por El Colegio de la Frontera Norte, en 2017, 32.6% de los cruces realizados por ciudadanos guatemaltecos con dirección a México desde Guatemala se hicieron en 24 horas.²³

La legislación mexicana que regula la movilidad y la estancia/residencia de extranjeros en México también contribuye a su heterogeneidad. Esta legislación los distingue a través de la creación de diferentes categorías de extranjeros. Las personas sin ciudadanía mexicana que desean entrar y permanecer legalmente en México, en otras palabras, con acreditación en forma de visa o tarjeta de identificación emitida por autoridades mexicanas, deben demostrar que pertenecen a alguna de las categorías relacionadas con el régimen legal del cruce fronterizo y estancia/residencia en el país. La legislación prescribe diferentes requisitos y procedimientos para asignar diferentes categorías a las personas. También vincula cada una de estas categorías con diferentes alcances de derechos y diferentes formas de acceder a ellos. Entre los extranjeros que podemos encontrar en la frontera sur mexicana, están los que tienen documentos (visas y tarjetas de identificación) que les permiten su entrada y estancia/residencia legal en el país, y los que no los tienen. Sin embargo, también existen aquellos que

²³ Coubés, Marie-Laure y *et al.*, *Encuesta sobre migración en la frontera sur de México: informe anual de resultados 2017*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2018, p. 57.

pueden ser llamados “parcialmente indocumentados”.²⁴ Por ejemplo, ellos pueden tener documentos que les permiten estar en territorio nacional mexicano sin permiso de trabajo, pero de todos modos trabajan ahí.²⁵

“Personas no binarias” y dimensión de género en el marco normativo que regula la movilidad y estancia/residencia de los extranjeros en México: situación de las Estaciones Migratorias

Los discursos políticos y académicos que circulan en México contienen la percepción de que cuando hablamos acerca de género hablamos solamente de mujeres. Sin embargo, la situación es mucho más complicada. Mujeres es sólo uno de los grupos de género que pueden ser construidos en la sociedad. En la mayoría de las sociedades contemporáneas prevalece el punto de vista de que hay dos grupos de género - mujeres y hombres. Por ejemplo, en Estudios de Género, una de las definiciones famosas de género como construcción social indica que “hacer género significa crear diferencias entre niños y niñas, hombres y mujeres; diferencias que no son naturales, esenciales o biológicas”.²⁶ Sin embargo, cuando colocamos este punto de vista en el contexto global podemos encontrar sociedades que tienen más de dos géneros.²⁷ La crítica desde el global Sur señala que la actual división dicotómica de género en las sociedades que están localizadas ahí, es consecuencia del colonialismo europeo.²⁸ Además, hay evidencias históricas de que, en el pasado, en algunos países europeos había más de dos grupos de género.²⁹ También hay estudios (no sólo en el área de ciencias sociales, sino también en psiquiatría) que señalan la existencia actual de los llamados géneros “no binarios” en la sociedad contemporánea europea.³⁰

La lucha por el reconocimiento social y legal de “las personas no binarias” tiene su historia. Recientemente algunos países aceptaron legalmente la existencia de estas.³¹ En México, la lucha mencionada anteriormente también ocurre.³² Sin embargo, el país aún carece de reconocimiento legal a “las personas

²⁴ Hay una crítica de las conceptualizaciones de migrantes internacionales solamente como documentados o indocumentados. Kubal, Agnieszka, “Conceptualizing semi-legality in migration research”, *Law & Society Review*, vol. 47, núm. 3, 2013, pp. 555–587.

Menjívar, Cecilia, “Liminal legality: Salvadoran and Guatemalan immigrants’ lives in the United States”, *American Journal of Sociology*, vol. 111, núm. 4, 2006, pp. 999–1037.

²⁵ Rojas Wiesner, Martha Luz, y Angeles Cruz, Hugo, “La situación de las mujeres migrantes en la frontera de México con Guatemala”, en Tuñón Pablos, Esperanza y Rojas Wiesner, Martha Luz (coords.), *Género y migración*, San Cristóbal de Las Casas, ECOSUR, 2012, 37–66.

²⁶ West, Candace y Zimmerman, Don H., “Doing gender”, *Gender & Society*, vol.1, núm. 2, 1987, pp. 125–151.

²⁷ Nanda, Serena, *Neither man nor woman: the hijras of India*, Belmont, CA: Cengage Learning, 1998, p. 208.

Richards, Christina y et al. *Genderqueer and non-binary genders*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2018, p. 324.

²⁸ Sinha, Mrinalini, “A global perspective on gender: what’s South Asia got to do with it?”, en Loomba, Anita y Lukose, Ritty (eds.), *South Asian Feminisms*, Durham, Duke University Press, 2012, pp. 356–374.

²⁹ Richards, Christina y et al. *Genderqueer and non-binary genders*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2018, p. 324.

³⁰ Richards, Christina y et al. “Non-Binary or genderqueer Genders”, *International Review of Psychiatry*, vol. 28, núm. 1, 2016, pp. 95–102.

³¹ Byrne, Jack, *License to be yourself: laws and advocacy for legal gender recognition of trans people*, Nueva York, Open Society Foundations, 2014, p. 54.

³² Plumás Atómicas. *El género es una gama de colores: platicamos con personas no binarias*. <https://www.facebook.com/Plumasatomicas/videos/457385528163700/UzpfSTU0NzM1NjU0NzoxMDE1NTk1MTA1NDA0MTU0OA/> (con-

no binarias”. Como resultado la legislación nacional que regula la movilidad y estancia/permanencia de extranjeros en México, refleja la división dicotómica. Consideremos dos documentos normativos clave de esta legislación - la Ley de Migración y el Reglamento de la Ley de Migración.

El artículo 2 de la Ley de Migración establece que uno de los principios de la política migratoria en México es “[r]espeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito”. A su vez, el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Migración establece que las autoridades mexicanas formularán y dirigirán la política migratoria con base en los principios indicados en el antes mencionado artículo de la Ley de Migración. De esta manera podemos ver que en estos dos documentos hay un reconocimiento de que el género es una de las dimensiones sociales que diferencian la gente y pueden provocar discriminaciones. La pregunta es... ¿Qué versión de diferenciación reflejan y reproducen estos dos documentos normativos?

El artículo 109 de la Ley de Migración dedicado a los derechos de migrantes que están en estaciones migratorias contiene el párrafo XI. Este párrafo indica que todo presentado (o en otras palabras detenido) en estas instalaciones tiene derecho a “[no] ser discriminado por las autoridades a causa de su origen étnico o nacional, sexo, género, edad, discapacidad, condición social o; económica, estado de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra circunstancia que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas”. Por otro lado, el mismo artículo contiene el párrafo XIII. Según este párrafo todo presentado tiene derecho a “que las Estaciones Migratorias cuenten con áreas de estancia separadas para mujeres y hombres, garantizando en todo momento el derecho a la preservación de la unidad familiar, excepto en los casos en los que la separación sea considerada en razón del interés superior de la niña, niño o adolescente”. Podemos encontrar la misma demanda de separación de los espacios en el artículo 107, que nos informa sobre los requisitos que deben cumplir las estaciones migratorias. El ordenamiento del espacio (su separación en zonas diferentes que están o no disponibles para estas o aquellas personas) refleja una diferenciación social existente en la sociedad. La división de las estaciones migratorias en zonas “femeninas” y “masculinas” refleja la concepción de que en la sociedad sólo hay dos grupos de género - mujeres y hombres. Esta percepción dicotómica de diferenciación de género también se refleja en el Reglamento de la Ley de Migración. Podemos encontrar en el artículo 3 (párrafo XIII) del Reglamento sultado el 18 de julio de 2019).

que “figura equivalente al concubinato”³³ se refiere “a la relación de un hombre y una mujer libres de matrimonio que viven en común, en forma constante y permanente por el tiempo que establezca la legislación del país que corresponda. No será necesario que la convivencia cumpla con un período, cuando hayan procreado hijos en común”.

¿Cómo esta perspectiva de división de género en las personas, que encontramos en la Ley de Migración y el Reglamento de la Ley de Migración, afecta las experiencias de migrantes internacionales de géneros “no binarios”? Consideremos la situación con la división espacial de las Estaciones Migratorias.

Como lo mencionamos anteriormente, la legislación regulatoria de la organización del espacio en las estaciones migratorias supone que las personas ahí detenidas deben ser clasificadas de acuerdo a la lógica binaria de género - hombres o mujeres.³⁴ Cuando entre los detenidos aparecen aquellos cuya identidad y expresión de género no coinciden con esta construcción dicotómica de “grupos de género”, son subdivididos de todas formas en hombres y mujeres. La identidad de género de estas personas no se toma en consideración durante esta subdivisión. La información proviene de sus documentos de identificación. Si las personas tienen indicación de que son mujeres, serán asignadas en el espacio destinado a mujeres. Si las personas tienen indicación de que son hombres, serán asignados al espacio designado para hombres. Mientras tanto, numerosas evidencias no sólo de la frontera sur mexicana sino también de otras partes del mundo demuestran que esta distribución de “las personas no binarias” pueden producir que estas personas sufran violencia psicológica y física (incluso sexual) por parte de otros detenidos.³⁵ La situación parece especialmente difícil para personas transgénero debido a su visibilidad³⁶.

³³ “Figura equivalente al concubinato” es una de las categorías de parientes, quienes pueden entrar a México y recibir permiso para permanecer o residir ahí por motivo de relaciones familiares con un ciudadano mexicano o extranjero que permanezca o resida legalmente en este país. Cfr. Artículo 3, , Reglamento de la Ley de Migración, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf

³⁴ También Cfr. Acuerdo por el que se emiten las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración.

³⁵ Bachmann, Chako, *No safe refuge: experiences of LGBT asylum seekers in detention*, Londres, Stonewal, 2016, p.30.

Jeanty, J. y Tobin H.J., *Nuestro momento para reforma: inmigración y personas trans*, Washington D.C., National Center for Transgender Equality, 2013, p. 32.

Winton, Ailsa, *Entre fronteras: un estudio exploratorio sobre diversidad sexual y movilidad en la frontera sur de México*, Tapachula, Una Mano Amiga en la Lucha contra el SIDA A.C., 2016, p. 41.

³⁶ A primera vista la existencia de personas transgénero sigue la lógica de la división binaria de personas en hombres y mujeres. Hay mujeres transgénero - hombres que sienten que su identidad de género es “femenina”. Hay hombres transgénero - mujeres que sienten que su identidad de género es “masculina”. Sin embargo, la falta de reconocimiento social de su identidad de género lleva a estas personas a grupos de género que son distintos de “hombres” y “mujeres”. En la literatura, por ejemplo, podemos encontrar testimonios de mujeres transgénero que revelan casos donde las mujeres las rechazaban como mujeres y, en cambio, las mujeres transgénero consideraban a las mujeres como otras. Gutiérrez Gamboa, David Ismael y *et al.*, “Mujeres transgénero trabajadoras sexuales en Chiapas: las violencias del proceso de construcción y reafirmación de su identidad de género”, *Sociológica (México)*, vol. 33, núm. 94, 2018, pp. 139–168.

Las interacciones de mujeres transgénero con hombres pueden ser caracterizadas no sólo por el rechazo a su identidad de género, sino también por la violencia. Jeanty, J. y Tobin H.J., *Nuestro momento para reforma: inmigración y personas trans*, Washington D.C., National Center for Transgender Equality, 2013, p. 32.

De hecho, podemos afirmar que las personas transgénero se localizan en medio de los dos géneros convencionales.

En esta parte del capítulo podemos observar que, en la realidad social, donde existen “las personas no binarias”, la norma que fue diseñada para evitar la violencia de género puede transformarse en la norma que la provoque. En nuestra opinión las estaciones migratorias deben tener un espacio designado para “las personas no binarias”. Este punto de vista es un desafío para la dicotomía convencional de la división de género reflejada en la Ley de Migración y su Reglamento. También requiere del reconocimiento legal de la existencia de “las personas no binarias” no sólo en la legislación que regula la movilidad y la estancia/residencia de los extranjeros en México, sino también en un marco legal más amplio (incluyendo tratados internacionales dedicados a los derechos humanos y la discriminación de género).

Marco normativo del régimen de migración mexicano actual y el acceso de los extranjeros al mercado laboral: neutralidad de género en la norma escrita y la realidad social (el caso de los trabajadores fronterizos visitantes)

El acceso al mercado laboral de la sociedad receptora para los extranjeros, que eligen (o son forzados a elegir) esta sociedad como residencia temporal o permanente por diferentes razones, es muy importante para su integración en esta sociedad. En el caso de las personas que migraron con objeto de trabajar en la sociedad receptora, el acceso al mercado laboral es esencial para la realización de sus metas. En el caso de los migrantes de tránsito, el acceso al mercado laboral podría ser una medida de supervivencia. En todos estos casos, la participación en la actividad económica de la sociedad provee a los extranjeros de formas adicionales para mediar su acceso a los derechos y recursos concedidos en esta sociedad.³⁷ De acuerdo a la Ley de Migración todos los extranjeros, sin importar su estatus legal en México, tienen un rango de derechos que incluyen, por ejemplo, el derecho a la educación y el derecho a los servicios de atención médica.³⁸ No obstante, hay una gran brecha entre lo que está escrito en la legislación y lo que un extranjero puede tener acceso en México.³⁹ Por ejemplo, como se mostrará en el siguiente capítulo, en el caso de las personas que no tienen un estatus legal en México, el acceso a los servicios de atención médica tiene ciertas limitaciones impuestas por normas de la legislación existente. En

³⁷ Kosygina, Larisa, *The Russian migration regime and migrants' experiences: the case of non-Russian nationals from former Soviet republics*, Birmingham, Universidad de Birmingham, 2010, p. 258.

³⁸ Cfr. Artículos 6,7,8,9,10,11,12,13,14,15, Ley de Migración, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>

³⁹ CDH Fray Matías (Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba), *Impacto de la ley de migración y su reglamento en la población migrante establecida en el Socomusco*, Tapachula, CDH Fray Matías, 2014, p. 62. Fernández Casanueva, Carmen y *et al.*, “Inmigrantes Hondureños en Tapachula: el papel del empleo, la educación y la salud en su proceso de integración”, en Ramírez García, Telésforo, y Castillo, Manuel Ángel (coords.), *México ante los recientes desafíos de la migración internacional*, México, Consejo Nacional de Población, 2012, pp. 213–236.

cualquier caso, el uso de recursos económicos facilita el acceso a los derechos prescritos por la ley.

En muchas sociedades, entre los discursos que circulan en relación con los extranjeros, están los discursos acerca de “extranjeros que están robando el trabajo de los ciudadanos”. Para proteger a los ciudadanos de ese robo, las autoridades nacionales crean medidas que complican el acceso de los extranjeros al mercado laboral formal - el mercado laboral donde las relaciones entre empleado y empleador o proveedor de servicios y el cliente son reguladas por la legislación. Como resultado de estas medidas las personas son empujadas al mercado laboral informal, donde las relaciones laborales no están cubiertas o no están totalmente cubiertas por la legislación. Esta parte del mercado laboral de la sociedad receptora se caracteriza frecuentemente por la falta de acceso a prestaciones, relativamente bajos salarios y precariedad entendida como incertidumbre e imprevisibilidad. El mercado laboral informal también proporciona más oportunidades de violación a los derechos de los trabajadores. A pesar de que las normas actuales que se derivan de los marcos normativos internacionales y nacionales permiten a las personas extranjeras que trabajan de manera informal en México el acceso al sistema jurídico de este país para reparar la violación de sus derechos,⁴⁰ en la vida real, este acceso es complicado debido a diversos factores.⁴¹

Carta de empleador (oferta de empleo) y acceso al mercado laboral por parte de las personas extranjeras en México: construcción de ilegalidad

México, como mucho otros países en el mundo, limita el acceso de las personas extranjeras a su mercado laboral. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica los trabajos y cargos, que no están disponibles para un extranjero.⁴² La Ley Federal del Trabajo hace lo mismo⁴³ y, además, en su Artículo 7 indica que “En toda empresa o establecimiento, el patrón deberá emplear por lo menos un noventa por ciento de trabajadores mexicanos”.⁴⁴ También el Artículo 154 de esta Ley señala que “Los patrones estarán obligados a preferir,

⁴⁰ Cf. TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A DEDICARSE A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA DENTRO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, Y AGOZAR DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN CASO DE CONFLICTO, PUEDEN ACCEDER A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE AQUÉLLOS. 160338. 1.3o. Tesis. 248 L (9a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, enero de 2012, p. 4712. <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx> (consultado el 23 de enero de 2019).

⁴¹ Suárez, Ximena y *et al.*, *El acceso a la justicia para personas migrantes en México. Un derecho que existe sólo en el papel*, Washington, DC, WOLA, 2017, p. 40.

⁴² Cf. Artículo 32, La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/hm/1.htm>

⁴³ Cf. Artículos 189, 216, 246, La Ley Federal del Trabajo, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft.htm>

⁴⁴ Cf. Artículo 7, La Ley Federal del Trabajo, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft.htm>

en igualdad de circunstancias, a los trabajadores mexicanos respecto de quienes no lo sean...”.⁴⁵

La legislación mexicana, que regula la movilidad transfronteriza, así como la estancia y residencia de las personas extranjeras en el territorio nacional, vincula la oportunidad de que un extranjero trabaje en México con su condición de estancia en el país. La Ley de Migración indica las siguientes categorías de las personas extranjeras autorizadas para trabajar en México:⁴⁶

- residente permanente;
- residente temporal bajo la condición de que él / ella tenga un permiso de trabajo;
- residente temporal estudiante en la misma situación de posesión de permiso de trabajo, pero su trabajo solo puede estar relacionado con el área de sus estudios;
- visitante con permiso para realizar actividades remuneradas;
- visitante por razones humanitarias;
- visitante trabajador fronterizo.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que según el Reglamento de la Ley de Migración, la oportunidad de las personas extranjeras (salvo visitantes por razones humanitarias y residentes permanentes) para ser empleados en México legalmente está condicionada no solamente por los artículos de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y La Ley Federal del Trabajo citados arriba sino también por las cuotas, que se definen por autoridades federales.⁴⁷

Además, todos los empleadores (incluidos los individuos y los hogares) que desean contratar a una persona extranjera deben estar registrados en el Instituto Nacional de Migración [INM] y deben proporcionar una carta a esta agencia para justificar porque desean utilizar mano de obra extranjera.⁴⁸

La norma de solicitar la Carta de empleador contribuye a la informalidad de empleo de las personas extranjeras. No todos los empleadores expresan el

⁴⁵ Cfr. Artículo 154, La Ley Federal del Trabajo, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft.htm>

⁴⁶ Cfr. Artículo 52, Ley de Migración, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>

⁴⁷ Cfr. Artículo 119, Reglamento de la Ley de Migración, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf

Cfr. Artículo 57, Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5276967&fecha=08/11/2012

⁴⁸ Cfr. Artículos 115, 166, Reglamento de la Ley de Migración, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf

En el caso de los residentes permanentes, el requisito de proveer una Carta de empleador (oferta de empleo) puede ser considerado como contradictorio debido a que la Ley de Migración establece que este estatus es otorgado a un “extranjero para permanecer en el territorio nacional de manera indefinida, con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país”. Cfr. Artículo 52, Ley de Migración, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>. Esto significa que los extranjeros que tienen este estatus, no deben pedir permiso para trabajar. En realidad, cuando ellos informan al INM acerca del cambio de su lugar de trabajo (esta norma es prescrita por Artículo 63 de la Ley de Migración), a ellos se les pide la Carta de empleador (oferta de empleo). Sin este documento la aplicación del trámite no es aceptada. Es interesante que los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios no contienen una descripción del proceso con el cual los residentes permanentes deben informar al INM acerca del cambio de su lugar de trabajo. Parece que en este caso el INM adopta normas para regular el mismo proceso en el caso de residentes temporales.

deseo de registrarse ante el INM. Además, una persona moral que quiere contratar personas extranjeras puede encontrar que no puede hacerlo. Entre los documentos que una persona moral necesita proporcionar para su registración ante INM están: lista de empleados y su nacionalidad. Supuestamente dicha información es necesaria para verificar si la cantidad de extranjeros contratados por este empleador no rebasa el límite establecido por la Ley Federal del Trabajo. Una persona moral no puede contratar extranjeros, aún si ellos constituyen el 10% de sus empleados.

Las investigaciones indican un vínculo entre la ilegalidad de empleo y la oportunidad de proteger sus derechos por parte de los empleados.⁴⁹ Tomando esto en cuenta los académicos, las organizaciones civiles y las organizaciones internacionales promueven cambios en el marco normativo de México para facilitar el acceso de los extranjeros al empleo formal y realizan diferentes iniciativas para promover el conocimiento sobre oportunidades de trabajar en México de manera formal.⁵⁰

Carta de empleador (oferta de empleo): el caso de las personas extranjeras con derecho a solicitar estatus de visitante trabajador fronterizo

Aunque la carta de empleador afecta a todas personas extranjeras que quieren emplearse en México en la economía formal, queremos enfocarnos en el caso de las personas que tienen derecho a solicitar estatus de “visitante trabajador fronterizo”. Este enfoque fue elegido por su relevancia en la situación migratoria en la frontera sur de México.

El Artículo 52 de la Ley de Migración establece que los ciudadanos de los países limítrofes pueden recibir el estatus de visitante trabajador fronterizo, que les permite trabajar por un año en algunos estados mexicanos, que están identificados por las autoridades. Actualmente, de acuerdo con el artículo 75 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios solamente los y las ciudadanos/ciudadanas de Guatemala y Belice pueden recibir este estatus. El mismo documento también indica que solamente Campeche, Chiapas, Quintana Roo y Tabasco son estados mexicanos donde las personas extranjeras con este estatus pueden trabajar.⁵¹

El actual conjunto de reglas que regulan la adquisición del estatus de visitante trabajador fronterizo, refleja la dependencia de la región fronteriza en el sur de

⁴⁹ OIT (La Organización Internacional del Trabajo), *Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204): guía para los trabajadores*, Geneva, ITO, 2017, p. 47.

⁵⁰ UN Women y IMUMI (Instituto para las Mujeres en la Migración), *Las trabajadoras migrantes centroamericanas en Chiapas: recomendaciones de política pública para garantizar el ejercicio de sus derechos*, México, ONU Mujeres y IMUMI, 2015, p. 50.

⁵¹ Cfr. Artículo 76, Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5276967&fecha=08/11/2012

México de la mano de obra de los países vecinos. En algunas partes de esta región, por ejemplo, la participación de los y las ciudadanos/ciudadanas de Guatemala en la agricultura es esencial.⁵² Las estadísticas muestran que el estatus de visitante trabajador fronterizo se emite principalmente para los ciudadanos de Guatemala quienes trabajan en la agricultura. La mayoría de ellos trabajan en Chiapas.⁵³

Mientras que las grandes y medianas empresas (depende también del cultivo), que funcionan en el sector agropecuario, utilizan el esquema de visitante trabajador fronterizo para contratar a las personas, la situación no es tan clara con las empresas más pequeñas en este sector de la economía. Además las investigaciones sobre la movilidad transfronteriza y las experiencias de las personas extranjeras en la región señalan que los y las ciudadanos/ciudadanas de Guatemala también trabajan en otros sectores de la economía (por ejemplo, la construcción, el comercio, los hogares locales, entre otros).⁵⁴ La información que se presenta en las siguientes dos gráficas (Gráfica 2 y Gráfica 3) reflejan la situación de que muchos guatemaltecos que trabajan fuera del sector agropecuario no tienen el estatus legal de visitante trabajador fronterizo.⁵⁵

⁵² Martínez Velasco, Germán, *Plantaciones, trabajo guatemalteco y política migratoria en la frontera sur de México*, Tuxtla Gutiérrez, Gobierno del Estado de Chiapas, Consejo Estatal de Fomento a la Investigación y Difusión de la Cultura, Instituto Chiapaneco de Cultura, 1994, p. 197.

García, Martha, y Décosse, Frédéric, "Agricultura intensiva y políticas de migración laboral: jornaleros centroamericanos en México y Marroquíes en Francia", *Migración y Desarrollo*, vol. 12, núm 23, 2014, pp. 41–67.

⁵³ UPM (Unidad de Política Migratoria), *Boletín mensual de estadísticas migratorias 2018*. México: SEGOB, 2018, p. 180.

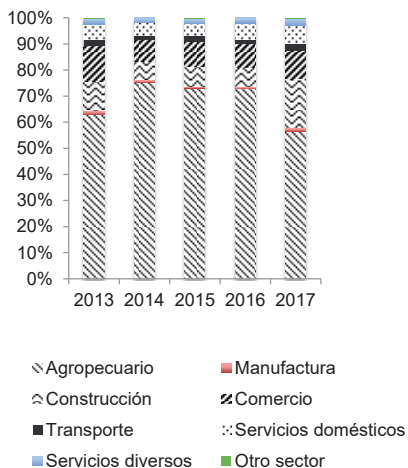
⁵⁴ Coubés, Marie-Laure y *et al.*, *Encuesta sobre migración en la frontera sur de México: informe anual de resultados 2017*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2018, p. 57.

Fernández Casanueva, Carmen, *Building migratory trajectories: Guatemalans, Salvadorans and Hondurans at the southern Mexican border*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2010, p. 244.

Cfr. también las estadísticas oficiales La Unidad de Política Migratoria - SEGOB. *Perfil laboral de la población guatemalteca residente en los estados fronterizos del sur de México*. http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Perfil_laboral_de_la_poblacion_guatemalteca_sur_Mexico

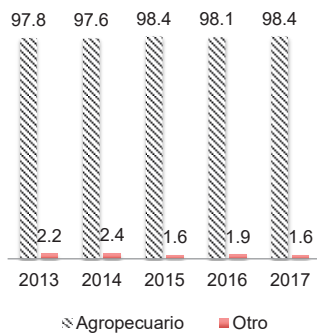
⁵⁵ Queremos señalar que no podemos comparar estas gráficas en un sentido estricto debido a que los datos fueron recopilados a través de diferentes metodologías.

Gráfica 2 Migrantes guatemaltecos que cruzan la frontera entre Guatemala y México con dirección a Guatemala: Sector de actividad de los que trabajaron en la última experiencia laboral en México (%)⁵⁶



Fuente: Elaboración propia con base en datos proporcionados por EMIF SUR <https://www.colef.mx/emif/tabuladossur.php> (consultado el 23 de julio de 2019)

Gráfica 3 Guatemaltecos documentados para trabajar con una Tarjeta de Visitante Trabajador Fronterizo según sector de actividad (%)



Fuente: Elaboración propia con base en datos estadísticas proporcionados por Unidad de Política Migratoria (UPM 2013-2017)

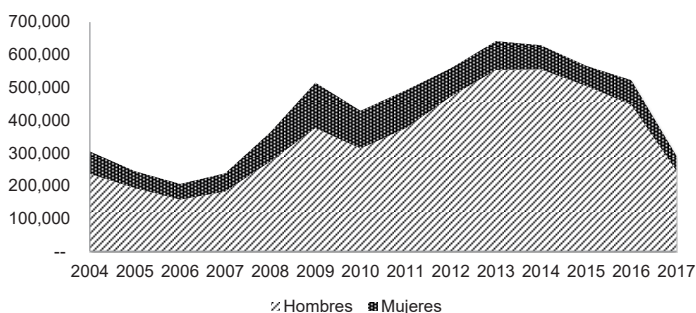
⁵⁶ Debemos recordar que el estudio de EMIF SUR está tratando con eventos relacionados al cruce de fronteras. Esto significa que existe la posibilidad de que la misma persona haya sido encuestada varias veces.

El problema de los extranjeros involucrados en la economía informal del país receptor no es solo un problema de fracaso del control por parte de las autoridades, sino también un problema de vulnerabilidad de estos trabajadores extranjeros a la explotación y la violencia. En el contexto de la frontera sur, las mujeres extranjeras también sufren las consecuencias de las reglas (formales e informales) que las empujan a trabajar en la economía informal.

Carta de empleador (oferta de empleo) y la situación de las guatemaltecas en la economía de la frontera sur de México

El intercambio migratorio entre Guatemala y México se caracteriza por una mayor movilidad transfronteriza de hombres que de mujeres (Gráfica 4). Al mismo tiempo, los datos oficiales compilados durante el último censo efectuado en 2010 indican que entre los 22,275 guatemaltecos que residían en la frontera sur mexicana en ese tiempo, había 43.6% de hombres y 56.4% de mujeres.⁵⁷

Gráfica 4. Migrantes guatemaltecos que cruzaron la frontera con dirección a Guatemala, 2004-2017 (eventos)

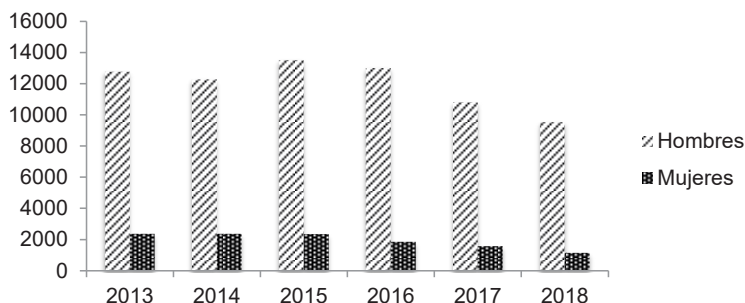


Fuente: Elaboración propia con base en datos proporcionados por EMIF SUR <https://www.colef.mx/emif/tabuladossur.php> (consultado el 23 de julio de 2019)

⁵⁷ Cfr. La Unidad de Política Migratoria - SEGOB. *Perfil laboral de la población guatemalteca residente en los estados fronterizos del sur de México*. http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Perfil_laboral_de_la_poblacion_guatemalteca_sur_Mexico

Como indicamos arriba las ciudadanas de Guatemala tienen derecho a solicitar la tarjeta de visitante trabajador fronterizo que supuestamente va a servirles para establecer contratos con sus empleadores. Sin embargo, este documento es predominantemente emitido más para hombres que para mujeres (Gráfica 5).

Gráfica 5. Extranjeros documentados para trabajar con una Tarjeta de Visitante Trabajador Fronterizo según sexo (personas)



Fuente: Elaboración propia con base en datos estadísticos proporcionados por la Unidad de Política Migratoria (UPM 2013-2018)

Una de las razones de la discrepancia mencionada arriba puede ser la estructuración del mercado laboral de la frontera sur mexicana por la dimensión de género. De acuerdo a proyectos de investigación cualitativos y cuantitativos, así como a estadísticas oficiales, la actividad económica de los guatemaltecos es diferenciada de acuerdo a su género.⁵⁸ Mientras los hombres tienden a concentrarse en la agricultura, la mayoría de las mujeres trabaja en el sector de “servicios” (este incluye “servicios domésticos” para los hogares locales). Como se mencionó en el párrafo anterior, la gran mayoría de las tarjetas de visitante trabajador fronterizo son emitidas para los guatemaltecos que trabajan en la agricultura, donde existe la presencia de grandes empresas. La participación de las mujeres de Guatemala en los sectores de la economía mexicana, en la que operan predominantemente organizaciones pequeñas y medianas, así como hogares locales, los cuales experimentan algunos problemas para ser registrados ante el INM y proporcionar a sus empleados extranjeros una Carta de empleador, puede ser una razón para la inaccesibilidad del estatus de visitante trabajador fronterizo para ellas.

⁵⁸ Fernández Casanueva, Carmen, *Building migratory trajectories: Guatemalans, Salvadorans and Hondurans at the southern Mexican border*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2010, p. 244.

Martínez Velasco, Germán, “Inmigrantes laborales y flujo en tránsito en la frontera sur de México: dos manifestaciones del proceso y una política migratoria”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 220, 2014, pp. 261–294.

La Unidad de Política Migratoria - SEGOB. *Perfil laboral de la población guatemalteca residente en los estados fronterizos del sur de México*. http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Perfil_laboral_de_la_poblacion_guatemalteca_sur_Mexico

Además, los hombres con estatus de visitante trabajador fronterizo pueden ser acompañados por sus esposas e hijos, quienes no reciben este estatus y trabajan, digamos, “ilegalmente” o en una situación de “semilegalidad” (con documentos que les permiten estar en México, pero no les permiten trabajar).

A la luz de la estructuración del mercado laboral por la dimensión de género, la Carta de empleador (oferta de empleo) se transforma de una norma legal que afecta igualmente a todos los grupos de género en una norma con sesgo de género (norma que produce y reproduce inequidad de género en la sociedad).

Conclusión

En este capítulo hemos abordado la exploración de la dimensión de género de la legislación nacional, la cual regula la movilidad y la estancia/residencia de ciudadanos extranjeros en México. Esta legislación es parte de las estructuras de legitimación del régimen migratorio mexicano construido en respuesta a la movilidad geográfica de las personas. No hemos tratado de enlistar todas las discriminaciones de género hacia los extranjeros en la frontera sur mexicana, sino que hemos tratado de demostrar a nuestros lectores que la dimensión de género del régimen de migración es importante para las experiencias de los ciudadanos extranjeros en el acceso a derechos y recursos en la sociedad receptora. También hemos querido señalar que la dimensión de la ley escrita solo puede verse adecuadamente cuando es puesta en el contexto de la realidad social en la que opera.

El análisis de dos documentos clave del régimen migratorio mexicano - la Ley de Migración y el Reglamento de la Ley de Migración - demuestra que se reconoce que el género es una de las dimensiones cruciales de diferenciación social, la cual debe ser tomada en consideración para evitar la construcción y reproducción de la inequidad en la sociedad. Sin embargo, también pudimos ver que estos documentos reflejan la interpretación del género como una dimensión de diferenciación social que subdivide a las personas en dos grupos de género - hombres y mujeres. La realidad social actual, en la cual se implementan estos documentos, se caracteriza por la existencia de personas que no se ajustan en esta subdivisión binaria - personas transgénero, intersexuales, homosexuales. La discrepancia entre la regulación escrita y la realidad social produce la situación de que las normas que fueron creadas para proteger a las personas de la violencia de género, se transforman en normas que crean violencia de género. Para evitar esta transformación, la legislación mexicana debe reconocer la existencia de “las personas no binarias”. Mientras tanto, queremos señalar la importancia de introducir lo antes posible espacios para estas personas en las estaciones migratorias de México.

Cuando observamos la legislación que regula el acceso de extranjeros al mercado laboral mexicano, podemos ver una gama de normas que limita su entrada al sector formal. El requisito de proporcionar la Carta de empleador (oferta de empleo) al INM para permitir la participación en relaciones de trabajo con un empleador en particular es una de ellas. Actualmente, esta norma afecta a todas las personas extranjeras que requieren emplearse en la economía formal de México. Esta forma de protección al mercado laboral nacional es excesiva debido a que México, de acuerdo a su legislación, también cuenta con el sistema de cuotas. En el caso de los residentes permanentes, esta norma contradice la Ley de Migración puesto que establece que las personas con este estatus no necesitan permiso para trabajar en México. La práctica de pedirles este documento, cuando están informando al INM acerca del cambio de su lugar de trabajo debe ser detenida.

El requisito de presentar una Carta de empleador (oferta de empleo) parece ser una norma que afecta igualmente a todos los grupos de género. Sin embargo, cuando se encuentra con la realidad social del mercado laboral estructurado por género, se transforma en una norma que produce y reproduce inequidad de género en la sociedad. Hemos mostrado esto con el ejemplo de los ciudadanos de Guatemala, quienes tienen el derecho de solicitar el estatus de visitante trabajador fronterizo. Parece que en los actuales contextos socioeconómicos y culturales en la frontera sur mexicana, las mujeres tienen menor oportunidad de obtener el estatus de visitante trabajador transfronterizo que los hombres.

Bibliografía

- BACHMANN, Chako, *No safe refuge: experiences of LGBT asylum seekers in detention*, Londres, Stonewall, 2016.
- BYRNE, Jack, *License to be yourself: laws and advocacy for legal gender recognition of trans people*, Nueva York, Open Society Foundations, 2014.
- CDH FRAY MATÍAS (Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba), *Impacto de la ley de migración y su reglamento en la población migrante establecida en el Soconusco*, Tapachula, CDH Fray Matías, 2014.
- CANALES CERÓN, Alejandro y Rojas Wiesner, Martha Luz, *Panorama de la migración internacional en México y Centroamérica*, Santiago, UN CEPAL, 2018.
- CINTA CRUZ, Jaime Horacio, *Redes, proyectos y experiencias de migrantes de origen africano y asiático en tránsito por la frontera sur de México. Estudio de caso (Tapachula, Chiapas)*, San Cristóbal de Las Casas, Centro de Estudios Superiores de México y Centroamérica - Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, 2016.
- COUBÉS, Marie-Laure, LEY CERVANTES, Melissa, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Ernesto Rodríguez, ZAMBRANO GIL, Elsa Angélica, *Encuesta sobre migración en la frontera sur de México: informe anual de resultados 2017*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2018.

- DURAND, Jorge, "El subsistema migratorio mesoamericano", en HEREDIA ZUBIETA, Carlos (coord.), *El sistema migratorio mesoamericano*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2016, pp. 23-61.
- DUVELL FRANCK, "Spatial mobility of the population: indicators, categories and typologies", en ZAYONCHKOVSAYA, Zhanna, MOLODIKOVA, Irina, MUKOMEL, Vladimir (coord.), *Methodology and methods of studying migration processes*, Moscú, Center for Migration Studies, 2007, pp. 70-95.
- FERNANDEZ CASANUEVA, Carmen, *Building migratory trajectories: Guatemalans, Salvadorans and Hondurans at the southern Mexican border*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2010.
- FERNANDEZ CASANUEVA, Carmen, ESPINOZA SANTOS, Gerardo, CHOY GÓMEZ, Jorge, "Inmigrantes Hondureños en Tapachula: el papel del empleo, la educación y la salud en su proceso de integración", en Ramírez García, Telésforo y Castillo, Manuel Ángel (cords.), *México ante los recientes desafíos de la migración internacional*, México, Consejo Nacional de Población, 2012, pp. 213-236.
- FLIPPEN, Chenoa A., "Intersectionality at work: determinants of labor supply among immigrant latin@s", *Gender & Society*, vol. 28, núm. 3, 2014, pp. 404-434.
- FLYNN, Moya, *Migrant resettlement in the Russian Federation: reconstructing "homes" and "homelands"*, Londres, Anthem Press, 2004.
- GUTIÉRREZ GAMBOA, David Ismael, EVANGELISTA GARCÍA, Angélica Aremy, WINTON, Ailsa, "Mujeres transgénero trabajadoras sexuales en Chiapas: las violencias del proceso de construcción y reafirmación de su identidad de género", *Sociológica (México)*, vol. 33, núm. 94, 2018, pp. 139-168.
- GARCÍA, Martha, y DÉCOSSE, Frédéric, "Agricultura intensiva y políticas de migración laboral: jornaleros centroamericanos en México y Marroquíes en Francia", *Migración y Desarrollo*, vol. 12, núm 23, 2014, pp. 41-67.
- GARCÍA ZAMORA, Rodolfo y GASPAS, Selene, "Migración de retorno de Estados Unidos a seis Estados de México. Hacia la reintegración familiar y comunitaria", en GARCÍA ZAMORA, Rodolfo (coord.), *El retorno de los migrantes mexicanos de Estados Unidos a Michoacán, Oaxaca, Zacatecas, Puebla, Guerrero y Chiapas 2000-2012*, Mexico, Universidad Autónoma de Zacatecas, Miguel Ángel Porrúa, 2017, pp. 15-64.
- GIDDENS, Anthony, *The Constitution of society: outline of the theory of structuration*, Cambridge, Polity Press, 1984.
- HALL, Stuart, *Representation: cultural representations and signifying practices*, Londres, SAGE, 1997.
- IOM (International Organization for Migration), "World migration report 2018", Geneva, IOM, 2018.
- JEANTY, J. y TOBIN, H.J., *Nuestro momento para reforma: inmigración y personas trans*, Washington D.C., National Center for Transgender Equality, 2013.
- JOHNSON J, Corey, JONES, Reece, PAASI, Anssi, AMOORE, Louise, MOUNTZ Alison, SALTER, Mark, RUMFORD, Chris, "Interventions on rethinking 'the border' in Border Studies", *Political Geography*, vol. 30, núm. 2, 2011, pp. 61-69.
- KOLOSSOV, Vladimir, "Border Studies: changing perspectives and theoretical approaches", *Geopolitics*, vol. 10, núm. 4, 2005, pp. 606-632.

- KOSYGINA, Larisa, *Forced migrants and gender regime of their integration into the receiving society*, Novosibirsk, SBRAS Press, 2003.
- KOSYGINA, Larisa, *The Russian migration regime and migrants' experiences: the case of non-Russian nationals from former Soviet republics*, Birmingham, Universidad de Birmingham, 2010.
- KOSYGINA, Larisa, "Forced re-settlers' in post-Soviet Russia: gender and age dimensions of social inequality in state assistance with permanent housing", en ILIC, Melanie (ed.), *The Palgrave handbook of women and gender in twentieth-century Russia and the Soviet Union*, Nueva York, Springer, 2018, pp. 395-410.
- KRIZ, Mary M., LIM, Lin Lean ZLOTNIK, Hania (eds.), *International migration systems: a global approach*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- KUBAL, Agnieszka, "Conceptualizing semi-legality in migration research", *Law & Society Review*, vol. 47, núm. 3, 2013, pp. 555-587.
- LEWIS, Rachel A., "LGBTQ migration crises", en MENJIVAR, Cecilia, RUIZ, Marie NESS, Immanuel (eds), *The Oxford handbook of migration crises*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 677-690.
- MARTÍNEZ VELASCO, Germán, *Plantaciones, trabajo guatemalteco y política migratoria en la frontera sur de México*, Tuxtla Gutiérrez, Gobierno del Estado de Chiapas, Consejo Estatal de Fomento a la Investigación y Difusión de la Cultura, Instituto Chiapaneco de Cultura, 1994.
- MARTÍNEZ VELASCO, Germán, "Migración internacional chiapaneca: trayectorias de movilidad, sociodemográficas, y condiciones sociales", *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, vol. 8, núm. 15 2013, pp. 50-91.
- MARTÍNEZ VELASCO, Germán, "Inmigrantes laborales y flujo en tránsito en la frontera sur de México: dos manifestaciones del proceso y una política migratoria", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 220, 2014, pp. 261-294.
- MASSEY, Douglas S., ARANGO, Joaquin, HUGO, Graeme, KOIAOUCI, Ali, and PELLEGRINO, Adela. *Worlds in motion : understanding international migration at the end of the millennium*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- MENJIVAR, Cecilia, "Liminal legality: Salvadoran and Guatemalan immigrants' lives in the United States", *American Journal of Sociology*, vol. 111, núm. 4, 2006, pp. 999-1037.
- NANDA, Serena, *Neither man nor woman: the hijras of India*, Belmont, CA: Cengage Learning, 1998.
- OIT (La Organización Internacional del Trabajo), *Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal*, 2015 (núm. 204) : guía para los trabajadores, Geneva, ITO, 2017.
- PARDO, Ana, y DÁVILA-CERVANTES, Claudio, "Extranjeros residentes en México. Perfil sociodemográfico, ocupación y distribución geográfica en 2015", *Carta Económica Regional*, núm 117, 2016, pp. 31-51.
- PAZ CARRASCO, Miguel Ángel, "Migración de retorno en Chiapas: alternativas para la reincorporación y arraigo de migrantes retornados y sus familias", en García Zamora, Rodolfo (coord.), *El retorno de los migrantes mexicanos de Estados Unidos a Michoacán*, Oxaca, Zacatecas, Puebla, Guerrero y Chiapas 2000-2012,

- Mexico, Universidad Autonoma de Zacatecas, Miguel Ángel Porrúa, 2017, pp. 159–203.
- PILKINGTON, Hilary, *Migration, displacement and identity in post-Soviet Russia*, Londres, Routledge, 1997.
- RICHARDS, Christina, BOUMAN, Walter Pierre, BARKER, Meg John, *Genderqueer and non-binary genders*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2017.
- RICHARDS, Christina, BOUMAN, Walter Pierre, SEAL, Leighton, BARKER, Meg John, O. NIEDER, Timo, T'SJOEN, Guy T'Sjoen. "Non-binary or genderqueer genders." *International Review of Psychiatry*, vol. 28, núm.1, 2016, pp. 95–102.
- RICHMOND, Anthony H., "Sociological theories of international migration: the case of refugees", *Current Sociology*, vol. 36, núm. 2, 1988, pp. 7–25.
- ROJAS WIESNER, Martha Luz, y ÁNGELES CRUZ, Hugo, "Gendered migrations in the Americas: Mexico as country of origin, destination and transit", en Piper, Nicola (ed.), *New perspectives on gender and migration: livelihood, rights and entitlements*, Nueva York, Routledge, 2008, pp. 189–246.
- ROJAS WIESNER, Martha Luz, y ÁNGELES CRUZ, Hugo, "La situación de las mujeres migrantes en la frontera de México con Guatemala", en Tuñón Pablos, Esperanza y Rojas Wiesner, Martha Luz (coords.), *Género y migración*, San Cristóbal de Las Casas, ECOSUR, 2012, 37–66.
- SCHWALBE, Michael, GODWIN, Sandra, HOLDEN, Daphne, SCHROCK, Douglas, THOMPSON, Shealy, WOLKOMIR, Michele, "Generic processes in the reproduction of inequality: an interactionist analysis", *Social Forces*, vol. 79, núm 2, 2000, pp. 419–452.
- SINHA, Mrinalini, "A global perspective on gender: what's South Asia got to do with it?", en LOOMBA, Anita y LUKOSE, Ritty (eds.), *South Asian Feminisms*, Durham, Duke University Press, 2012, pp. 356–374.
- SUÁREZ, Ximena, DÍAZ, Andrés, KNIPPEN, José, MEYER, Maureen, *El acceso a la justicia para personas migrantes en México. Un derecho que existe sólo en el Papel*, Washington D.C., WOLA, 2017.
- TILLY, Charles, *The politics of collective violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- UN WOMEN y IMUMI (Instituto para las Mujeres en la Migración), *Las trabajadoras migrantes centroamericanas en Chiapas: recomendaciones de política pública para garantizar el ejercicio de sus derechos, México, ONU Mujeres y IMUMI*, 2015.
- VAN HEAR, Nicholas, "Mixed migration: policy challenges", *Policy Primer*, Oxford, COMPAS - University of Oxford, 2011.
- WEST, Candace y FENSTERMAKER, Sarah, "Doing difference", *Gender and Society*, vol.9, núm 1, 1995, pp. 8–37.
- WEST, Candace y ZIMMERMAN, Don H., "Doing gender", *Gender & Society*, vol.1, núm 2, 1987, pp. 125– 151.
- WINTON, Ailsa, *Entre fronteras: un estudio exploratorio sobre diversidad sexual y movilidad en la frontera sur de México*, Tapachula, Una Mano Amiga en la Lucha contra el SIDA A.C, 2016.
- ZDRAVOMYSLOVA, Elena, y TEMKINA, Anna "Social construction of gender and the gender system in Russia", en ZDRAVOMYSLOVA, Elena, y TEMKINA, Anna

(eds.), The gender dimension of social and political activity in the transition period, Sankt-Peterburg, Center for Independent Social Research, 1996, pp. 5–14.

ZUBIETA, Carlos Heredia (coord.), El sistema migratorio mesoamericano, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2016.

Estadística

- UN DESA (United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division). Trends in International Migrant Stock: The 2017 Revision (United Nations Database POP/DB/MIG/Rev. 2017), 2017. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>.
- UPM (Unidad de Política Migratoria), Boletín mensual de estadísticas migratorias 2013, México, SEGOB, 2013.
- UPM (Unidad de Política Migratoria), Boletín mensual de estadísticas migratorias 2014, México, SEGOB, 2014.
- UPM (Unidad de Política Migratoria), Boletín mensual de estadísticas migratorias 2015, México, SEGOB, 2015.
- UPM (Unidad de Política Migratoria), Boletín mensual de estadísticas migratorias 2016, México, SEGOB, 2016.
- UPM (Unidad de Política Migratoria), Boletín mensual de estadísticas migratorias 2017, México: SEGOB, 2017.
- UPM (Unidad de Política Migratoria), Boletín mensual de estadísticas migratorias 2018, México: SEGOB, 2018.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917 (fecha de promulgación)
- Ley de Migración, 25 de mayo de 2011 (fecha de la publicación original en el Diario Oficial de la Federación)
- Ley Federal del Trabajo, 1 de abril de 1970 (fecha de la publicación original en el Diario Oficial de la Federación)
- Reglamento de la Ley de Migración, 28 de septiembre de 2012 (fecha de la publicación original en el Diario Oficial de la Federación)
- Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, 8 de noviembre de 2012 (fecha de la publicación original en el Diario Oficial de la Federación)
- Acuerdo por el que se emiten las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración, 8 de noviembre de 2012 (fecha de la publicación original en el Diario Oficial de la Federación)

Criterios y Jurisprudencia Nacional

TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A DEDICARSE A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA DENTRO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, Y A GOZAR DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN CASO DE CONFLICTO, PUEDEN ACCEDER A

LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE AQUÉLLOS. I60338. I.3o.Tesis.248 L (9a.).Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, enero de 2012, p. 47 12.

Fuentes electrónicas:

Estimaciones del CONAPO con base en el INEGI, muestras del diez por ciento del XI Censo General de Población y Vivienda, 1990, XII Censo General de Población y Vivienda, 2000, y Censo de Población y Vivienda 2010, Encuesta Intercensal, 2015. http://www.conapo.gob.mx/work/models/OMI/NumeraliaMigratoria/Inmigrantes_en_Mexico_2015.xlsx [consultado el 13 de julio de 2019]

Plumas Atómicas. El género es una gama de colores: platicamos con personas no binarias <https://www.facebook.com/Plumasatomicas/videos/457385528163700/UzpfSTU0NzMI NjU0NzoxMDElNTk l MTA l NDA0MTU0OA/>

El Colegio de la Frontera Norte, La Encuesta sobre Migración en la Frontera Sur de México (Emif Sur): Tabulados <https://www.colef.mx/emif/tabuladossur.php>

UN DESA (United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division), International migrant stock 2017: graphs <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimatesgraphs.asp?2g2>

Unidad de Política Migratoria - SEGOB. Perfil laboral de la población guatemalteca residente en los estados fronterizos del sur de México. http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Perfil_laboral_de_la_poblacion_guatemalteca_sur_Mexico

Trabajo doméstico de las mujeres migrantes en Chiapas

Laura Eloyna Moreno Nango¹

Introducción

La migración en México ha sido un fenómeno de gran importancia, debido a sus líneas fronterizas, a pesar de ser un país en vías de desarrollo, es elegido por migrantes de distintas nacionalidades, que son atraídos por la variedad de destinos turísticos, pero también existe un importante grupo poblacional que arriba con la intención de mejorar sus condiciones de vida.

La mayor afluencia de migrantes en la búsqueda de oportunidades laborales, proviene de Centroamérica. Sin embargo, su arribo a nuestro país no es sencillo, el primer filtro lo encuentran con las autoridades migratorias en los consulados o embajadas mexicanas instaladas en su país, en donde un estricto sistema migratorio les exige tramitar una visa para ingresar a México, esto provoca la migración irregular de aquellas personas que no cuentan con los requisitos solicitados.

México se ha caracterizado por ser un país de tránsito y de destino muy importante, debido a las crisis económicas y de seguridad en países centroamericanos este flujo ha aumentado considerablemente en los últimos años. Sin embargo, el país no cuenta con la estabilidad económica necesaria, ni con una institución migratoria fortificada, con la capacidad de atender de forma adecuada la llegada de estas personas por la frontera sur.

Esto provoca la existencia un gran número de violaciones a los derechos humanos de los migrantes, ejercidas tanto por las autoridades migratorias como por la misma ciudadanía, quienes les dan un trato desigual y discriminatorio sin importar si cuentan o no con la documentación legal para estar dentro del territorio mexicano. Esta discriminación, se incrementa cuando, además, esas personas ya forman parte de un grupo vulnerable, por lo cual, llegan a sufrir múltiples discriminaciones en razón de su sexo, edad, religión, preferencias sexuales, et-

¹ Licenciada y Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas. Actualmente se desempeña como investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH y forma parte del Sistema Estatal de Investigadores del Estado de Chiapas.

nia, entre otras. Uno de estos grupos son las mujeres, quienes pueden padecer de distintos tipos de violaciones o menoscabos a sus derechos dependiendo de su ámbito de desempeño.

El presente capítulo se da a la tarea de estudiar en específico las condiciones de las mujeres migrantes que se dedican al trabajo doméstico en la frontera sur de nuestro país, este grupo de poblacional se ve sometido a distintos tipos de violencia en razón de su sexo y nacionalidad, su presencia en el territorio mexicano se ha incrementado a lo largo de los años, llegando a tener una gran visibilidad numérica, sin impactar en el espectro legal.

Nos adentraremos al análisis de un grupo poblacional invisibilizado que se desempeña en labores con una laxa regulación normativa, con el objetivo de destacar las debilidades del sistema migratorio en esta materia y los derechos que se deben garantizar a este tipo de trabajadoras en concordancia con espectro de protección internacional de derechos humanos y laborales.

Trabajadoras domésticas migrantes en Chiapas

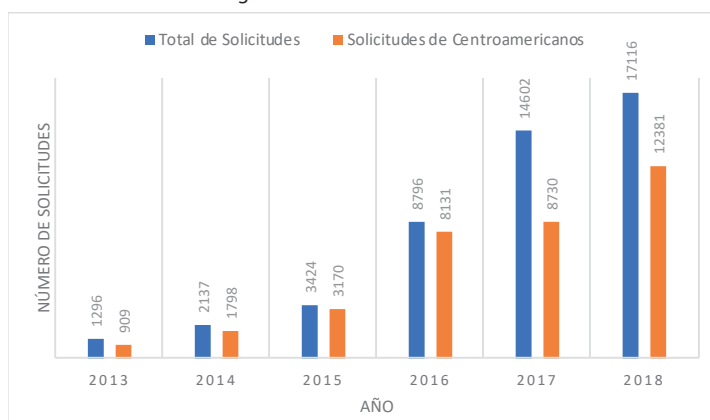
Actualmente la migración juega un papel muy importante en la agenda internacional, distintos conflictos tanto de seguridad como políticos, han provocado el incremento del flujo migratorio de personas en búsqueda de mejores condiciones de vida tanto de forma personal como familiar.

Anteriormente los hombres eran quienes preponderantemente migraban a otros países en búsqueda de un trabajo que les proporcionara mayores ingresos y les permitiera enviar recursos monetarios a sus familias, sin embargo, las condiciones actuales han provocado cambios en las causas y grupos migratorios, siendo cada vez más las mujeres y niños que migran de forma independiente. “Las estadísticas migratorias muestran un cambio cualitativo en la composición de los flujos de migrantes provenientes del Triangulo Norte de Centroamérica que permite inferir un crecimiento en la migración de familias compuestas especialmente por madres y sus hijos e hijas”.² El aumento de los índices de migración ha sido causado por las situaciones de guerra e incursiones militares fronterizas en estos países.³

² Díaz Prieto, Gabriela, “Familias Centroamericanas migrantes en México Recomendaciones para ampliar su protección Resumen ejecutivo”, México, Instituto para las Mujeres en la Migración, 2017, p. 4.

³ Castillo, Manuel Angel y Toussaint, Mónica, “Diagnóstico sobre las migraciones centroamericanas en Chiapas y sus impactos socioculturales”, en Villanueva Ortiz, Maryana y Cruz Rivera, Sandra Amelia (coords.), *Migraciones: mirando al sur. Entrecruzamientos culturales en las migraciones centroamericanas*, México, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Centro Cultural de España en México, Instituto Nacional de Migración, 2010, pp. 88-97.

Gráfica 1.- Solicitantes de refugio en México del año 2013 al 2018



Fuente: Elaboración propia con datos de los Boletines estadísticos de solicitantes de refugio en México de 2013 al 2018.

Las solicitudes de refugio de personas centroamericanas han incrementado drásticamente en los últimos 5 años, como se puede observar en la gráfica 1, en el año 2013 se presentaron 909 solicitudes de refugio de personas centroamericanas, obteniendo una tasa de crecimiento del 68.6% para el año 2018 cuando se presentaron un total de 12,381 solicitudes.

Debido al déficit de la burocracia institucional mexicana, así como por los riesgos que conlleva trasladarse a otra entidad federativa, muchos migrantes centroamericanos deciden alojarse en el estado de Chiapas. En ese estado de la república viven 31,700 extranjeros siendo el 66% de ellos de nacionalidad guatemalteca y el 55% son mujeres.⁴

Las mujeres guatemaltecas migran al estado de Chiapas y se alojan en su mayoría en el municipio de Tapachula, al ser la ciudad más cercana a su lugar de origen, permitiéndoles mantenerse cerca de sus familiares y sus costumbres, además, les brinda una percepción de seguridad que han perdido en su país.⁵

Actualmente, una de las causas de la migración de las mujeres, está ligada con el incremento de inseguridad en los países centroamericanos, así como los bajos niveles de calidad de vida que su gobierno les puede proveer. Los países de El Salvador, Guatemala y Honduras “atravesamos por una crisis de protección. La violencia de las bandas y el crimen organizado no sólo es generalizada, sino que se ha intensificado con un impacto devastador, especialmente para mujeres, adolescentes, niños y niñas. Los índices de feminicidios son los más elevados del

⁴ ONU MUJERES, Trabajadoras migrantes en México se organizan por sus derechos, disponible en: <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2016/7/women-migrant-workers-in-mexico-organize-for-their-rights>

⁵ Rojas Wiesner, Martha, entrevista realizada por Gabriela Díaz Prieto, ECOSUR, Chiapas, 5 de diciembre 2013 en ONU MUJERES, IMUMI, *Las trabajadoras migrantes centroamericanas en Chiapas*, México, ONU MUJERES, 2015, p. 14.

mundo, así como los de homicidios de menores de 20 años de edad. Esto responde tanto al reclutamiento forzado de niños y niñas por los grupos criminales, como a los altos niveles de violencia de género, familiar y sexual".⁶

En la búsqueda de una mejor forma de vida, ciertos grupos poblacionales han optado por migrar a un país que les permita tener acceso a condiciones de vida digna tanto para ellas, como para sus familias. Al llegar a México se desempeñan en distintos oficios, los cuales en la mayoría de las ocasiones están determinados por roles y estereotipos de género.

Esta oferta de mano de obra, es aprovechada en gran parte por los productores agrícolas de la región, quienes se benefician de las condiciones de los migrantes para abaratar el pago a los trabajadores, "dado que la forma dominante de pago del trabajo es a destajo o por tarea, se genera una mayor participación laboral de las mujeres y menores...en esta situación predomina la falta de reconocimiento de los derechos laborales de las unas y los otros, lo cual se agrava por las deficientes condiciones de alimentación, hospedaje y salud en las fincas de la región...otro grupo migratorio que desde hace varios decenios llega a laborar en la región del Soconusco es el de las trabajadoras del servicio doméstico."⁷

Uno de los factores que influyen en la dedicación al trabajo doméstico, es el perfil de las mujeres migrantes, en su mayoría cuentan con un alto índice de analfabetismo y poca experiencia laboral, orillándolas a dedicarse en las actividades que han aprendido de forma directa o indirecta desde la infancia, como lo es el trabajo en el hogar, este tipo de ocupación es "culturalmente heredado. 4 de cada 10 tiene un familiar que se dedica a ello".⁸

Históricamente el trabajo doméstico ha sido realizado por mujeres, de acuerdo a la ONU el 81.5% de trabajadores domésticos son del sexo femenino,⁹ esto de acuerdo a la división sexual del trabajo, la cual impone labores en concordancia con los roles de género que la sociedad ha impuesto, los cuáles limitan su desempeño en los espacios privados (el cuidado de hogar, cuidado de los enfermos, la crianza de los hijos, etc.,).

Actualmente, se ha podido visualizar un cambio en torno al perfil de las mujeres que se dedican al trabajo doméstico, "por muchos años, el segmento mayoritario fue el de jóvenes rurales que migraban en busca de ingresos y expectativas de incorporación a la vida moderna que ofrecía la ciudad...En los últimos años, se ha producido, además, un gran movimiento migratorio de

⁶ Díaz Prieto, Gabriela, *op. cit.* p. 4.

⁷ Angeles Cruz, Hugo, "Las migraciones internacionales en el Soconusco, Chiapas: Un fenómeno cada vez más complejo" en Revista Comercio Exterior, vol. 54, núm. 4, abril de 2004, México, pp. 312-318, p. 317.

⁸ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Percepciones sobre el trabajo doméstico: Una visión desde las trabajadoras y las empleadoras*, México, CONAPRED, SEGOB, 2015.

⁹ ONU MUJERES, Infografía: Las/os trabajadoras/es domésticas/os migrantes y algunos datos que todos deberíamos conocer, 2016, disponible en <http://www.unwomen.org/es/digital-library/multimedia/2016/9/infographic-migrant-domestic-workers>

mujeres que buscan mejores opciones laborales en otros países de la región, donde el trabajo doméstico remunerado ofrece mayores ingresos".¹⁰

Las condiciones generales entre las trabajadoras domésticas nacionales y extranjeras no varían, en muchos casos sufren de las mismas vulneraciones a sus derechos laborales. No obstante, las mujeres migrantes son más vulnerables y padecen de forma específica ciertos tipos de violaciones a sus derechos humanos, la mayoría de estos casos quedan impunes, debido a que estas mujeres no denuncian ante una autoridad laboral, de acuerdo al estudio Percepciones sobre el trabajo doméstico: Una visión desde las trabajadoras y las empleadoras realizado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, solo el 10% de las trabajadoras han acudido a alguna autoridad para resolver un conflicto en su centro de trabajo.¹¹

Una de las condiciones determinantes del estado de vulnerabilidad de dichas mujeres, es su situación migratoria, en su mayoría muchas de las que desempeñan labores domésticas en el territorio chiapaneco, no cuentan la documentación apropiada para trabajar. Lo anterior es aprovechado por sus empleadores, quienes bajo amenaza de presentarlas ante las autoridades migratorias, son sometidas a distintos tipos de explotación y ellas, por temor a la respuesta de las instituciones judiciales no denuncian los maltratos y las condiciones precarias en las que se desempeñan.

En Chiapas, un número importante de trabajadoras domésticas ingresan al país de forma irregular, aunque su estancia no sea permanente, muchas de ellas, sobre todo aquellas provenientes de Guatemala, ingresan por la mañana al territorio mexicano y regresan a su país al culminar sus actividades, "la EMIF Sur sumó 57,222 cruces temporales de mujeres guatemaltecas durante 2009, que conforman 17.6% del total. Es decir, cada día, en promedio, se registraron 157 cruces de mujeres, de ellos el 70% corresponde a trabajadoras del hogar".¹²

El trabajo doméstico, es un oficio en el que independientemente de las condiciones migratorias de las personas que lo ejercen, se comenten múltiples violaciones de derechos humanos laborales, además de ello, no se reconoce de forma apropiada la importancia de este tipo de trabajo en la sociedad.

Históricamente, el trabajo doméstico se encuentra ligado íntimamente con la esclavitud y la servidumbre, debido a que por lo regular quienes ejercen este tipo de trabajo se ven en la necesidad de vivir en el domicilio de su empleador, provocando una extralimitación en la exigencia de actividades, sin respetar sus horarios de descanso y el pago de un salario digno, muchos pretenden cubrir esa retribución a cambio de proporcionar vivienda y alimentación.

¹⁰ Oficina Internacional del Trabajo, Notas OIT, *El trabajo doméstico remunerado en América Latina*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2010, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_178173.pdf

¹¹ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *op. cit.*

¹² ONU MUJERES, IMUMI, *Las trabajadoras migrantes centroamericanas en Chiapas*, México, ONU MUJERES, 2015, p. 12

Las trabajadoras migrantes son víctimas de múltiples tipos de discriminación en razón de su género y nacionalidad, la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestas les impide tener acceso a un salario digno, en el estado de Chiapas estas mujeres reciben en promedio un salario de “\$2,000 mensuales, el sueldo más bajo es de \$1,000 y el más alto de \$4,500”¹³ esto dependiendo de las circunstancias de las trabajadoras, por lo regular las más jóvenes reciben un sueldo más bajo ya que los patrones alegan falta de experiencia en su desempeño, sin ofrecerles mecanismos de capacitación formal.

Las trabajadoras domésticas migrantes que habitan en su lugar de empleo, se ven expuestas a jornadas laborales muy extensas y sin descanso adecuado, así como a un sin número de actividades en donde deben de cuidar tanto de los habitantes de la casa como de las mascotas y en muchas ocasiones, son obligadas a prestar sus servicios sin retribución extraordinaria a los familiares más cercanos de sus empleadores.

Las mujeres trabajadoras migrantes, se ven expuestas a la negación de los derechos laborales que la ley les reconoce y son sometidas a altos niveles de discriminación, “es común que las trabajadoras domésticas reciban algún tipo de maltrato en las casas donde han trabajado, ya sea verbal, por exceso de trabajo, bajos salarios o comida insuficiente o inadecuada, mujer, indígena guatemalteca (extranjera), indocumentada, analfabeta y trabajadora del servicio doméstico, constituyen una identidad de discriminación y maltrato”.¹⁴

Los y las trabajadoras migrantes independientemente de su estatus irregular tienen el derecho de contar con condiciones dignas de trabajo y que se les respeten cada uno de sus derechos. Para comprender mejor este punto, es importante mencionar la definición de María y Gabriela González del derecho humano laboral, determinando que es: “todo aquel protector de la dignidad del trabajador por el simple hecho de serlo, e incluye a los transmigrantes e inmigrantes que pertenecen al estrato de los trabajadores denominados ilegales, irregulares o indocumentados.”¹⁵

Sin embargo, las violaciones a los derechos humanos laborales de las trabajadoras domésticas migrantes se han naturalizado a tal punto en que las autoridades los promueven de forma indirecta al no brindarles un adecuado acceso a la justicia. “El Estado no ha generado información sobre el acceso de las personas migrantes a los mecanismos de conciliación laboral o procuración de justicia o sobre la existencia de sentencias favorables hacia ellas a fin de medir avances en el acceso a derechos”.¹⁶

¹³ Centro de Derecho Humanos Fray Matías de Córdova, A.C., Por el reconocimiento a la contribución significativa de las trabajadoras del hogar en la economía global, México, CDHFMC, 2011, p. 30

¹⁴ Angeles Cruz, Hugo, *op. cit.*

¹⁵ González Chávez, María de Lourdes y González Gómez, Gabriela Beatriz, El trabajo migratorio de indocumentados en México en Revista Migraciones Internacionales, Vol. 5, Núm. 2, Julio-diciembre de 2009, pp. 97-122, p.10.

¹⁶ Díaz Prieto, Gabriela, “Refugiadas, desplazadas, inmigrantes: urgencia y solidaridad” en Revista con la A, n° 54, noviembre de 2017, pp. 1-4.

Para atender adecuadamente esta problemática, la legislación mexicana debe establecer los mecanismos adecuados de acceso a la justicia para estas trabajadoras, además, es necesario implementar inspecciones laborales con atención especial en los centros de trabajo en donde se contraten a mujeres migrantes y crear campañas de promoción de los derechos de las trabajadoras migrantes y las obligaciones de sus empleadores.

Derechos de las trabajadoras doméstica migrantes en México

En el presente apartado, se analizarán los principios constitucionales y las distintas leyes que hacen referencia al trabajo doméstico realizado por las mujeres migrantes, con el objetivo de identificar los derechos que ostentan y como inciden en el ejercicio de su labor.

En la legislación mexicana no existe ninguna normativa específica para regular el trabajo doméstico de las mujeres migrantes, sin embargo, de acuerdo al artículo I de la constitución política de este país, todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en la carta magna mexicana y de los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, así como de las mismas garantías para su protección,¹⁷ el artículo 33 reconoce de forma precisa la extensión de esos derechos a los extranjeros que habiten en nuestro país.¹⁸

El artículo 123 de la CPEUM apartado A, fracción I, establece que la jornada laboral máxima de los trabajadores domésticos será de ocho horas, así mismo indica en su fracción VII, que para igual trabajo debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.¹⁹ Estas dos disposiciones se convierten en ejes rectores para la regulación del trabajo doméstico de las mujeres migrantes en nuestro país.

La Ley Federal del Trabajo contempla un capítulo específico para la regulación del trabajo de doméstico y dentro de sus principios generales reconoce la aplicabilidad de esta norma para todas las personas sin importar su nacionalidad.

En el artículo 2 de esta ley se reconoce el derecho al trabajo digno y decente en todas las relaciones laborales, entendiendo esto como un lugar en dónde se deben respetar la dignidad del trabajador, se debe desempeñar en un espacio libre de discriminación (incluyendo como categorías sospechosas la condición migratoria y estado civil), que le debe brindar acceso a la seguridad social, se proporcione una remuneración económica por sus servicios y se establezcan condiciones de seguridad e higiene que prevengan todo tipo de riesgo de trabajo. El trabajo digno respeta a su vez los derechos colectivos de

¹⁷ Cfr. Artículo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf

¹⁸ Cfr. Artículo 33, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf

¹⁹ Cfr. Artículo 123, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf

los y las trabajadoras y tutela la igualdad sustantiva o de hecho entre hombres y mujeres.²⁰

El artículo 3 de esta misma norma reafirma la prohibición de cualquier tipo de discriminación en contra de las y los trabajadores incluyendo su condición migratoria.²¹ Esto se convierte en una garantía de suma importancia para el desempeño de las labores del hogar de las mujeres migrantes, ya que les asegura un trato y remuneración igualitaria.

Ello resulta sumamente relevante para el ejercicio del trabajo doméstico, ya que como se observó en el apartado anterior, las mujeres trabajadoras migrantes con situación migratoria irregular, son víctimas constantes de distintos tipos de violencia, siendo ejercida por parte de sus empleadores, quienes las intimidan por su aparente incapacidad jurídica de interponer algún tipo de recurso de defensa ante alguna autoridad judicial.

El primero de mayo de 2019, los legisladores mexicanos realizaron una reforma a la Ley Federal del Trabajo, en donde establecieron nuevas disposiciones normativas que benefician en gran medida el ejercicio del trabajo doméstico.

Entre los aspectos relevantes de esta reforma se encuentra la definición de los trabajadores del hogar, determinando que son aquellos que prestan los servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia, asimismo se establecen los períodos de descanso a los que tienen derecho, se indican los conceptos que deben estar incluidos dentro de su remuneración, así como las obligaciones del patrón en casos de enfermedad.

Dentro de esta reforma se destaca lo establecido en el artículo 337, fracción IV, en el se indica que los empleadores deben inscribir a sus trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social y pagar las cuotas correspondientes conforme a las normas aplicables en la materia.²² Esta obligación se incorporó después de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifestara como inconstitucional la falta de una disposición normativa que obligara a los empleadores a inscribir a sus trabajadoras domésticas al régimen del seguro social.²³

No obstante, el artículo 13 de la Ley del Seguro Social, no ha sido armonizado y actualmente, en él se establece que los trabajadores domésticos pueden ser inscritos al Seguro Social bajo un régimen voluntario,²⁴ contraponiéndose a lo indicado en la Ley Federal del Trabajo, esto las coloca en un estado de vulnerabilidad en donde la atención a su salud queda a disposición de los patrones, además de ello se les niega la posibilidad de pensionarse cuando sean adultas mayores. Es de esperarse que los legisladores realicen las acciones necesarias a esta ley para salvaguardar este derecho a las trabajadoras domésticas.

²⁰ Cfr. Artículo 2, Ley Federal del Trabajo, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf

²¹ Cfr. Artículo 3, Ley Federal del Trabajo, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf

²² Cfr. Artículo 337, Ley Federal del Trabajo, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_040619.pdf

²³ Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 9/2018, disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-09/A.D.%209-2018%20%20.pdf

²⁴ Cfr. Artículo 13, Ley del Seguro Social, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_040619.pdf

De momento los requisitos actuales de incorporación voluntaria de trabajadores domésticos al Seguro Social son los siguientes:

- Comprobante de domicilio.
- Identificación oficial vigente.
- Copia certificada del Acta de Nacimiento.
- Clave Única de Registro de Población (CURP).
- Cuestionario médico proporcionado por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).
- Comprobante de pago. (Cuota patronal, esta se determinará en base al salario de mensual de los y las trabajadoras domésticas).
- Datos del solicitante o representante legal²⁵

Para el caso de las personas extranjeras pueden considerar como identificación oficial los siguientes documentos: Matrícula consular, Tarjeta/Cédula/Carnet de identidad de ciudadanos extranjeros, Forma migratoria FM2 o FM3 y ADIMSS.²⁶ La CURP se les proporciona a las personas extranjeras cuando se registran en el Instituto Nacional de Migración y se les inscribe en el Catálogo de los Extranjeros residentes en la República Mexicana.²⁷

Ante estos requisitos se puede observar que la incorporación de las mujeres trabajadoras domésticas migrantes es procedente, aunque solamente es aplicable para las mujeres con una situación migratoria regular. Para aquellas en condiciones irregulares su derecho de acceso a la salud se encuentra salvaguardado por el artículo 338, en donde se le obliga al patrón a brindar asistencia médica hasta lograr su curación cuando no se trate de enfermedades crónicas y hasta por tres meses en caso de serlo.²⁸ Lamentablemente esto coloca en desamparo a aquellas mujeres que llegan a padecer enfermedades graves y prolongadas.

Actualmente existen un total de 2,429 mujeres trabajadoras domésticas inscritas en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), de ellas solo 7 se encuentran en el estado de Chiapas, lamentablemente el sistema del IMSS no contempla la nacionalidad de las personas inscritas, imposibilitando determinar si alguna de esas mujeres es extranjera.²⁹

El artículo 335, establece que la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos fijará los salarios mínimos profesionales que deben pagarse a estos trabajadores. Sin embargo, en la tabla de salarios mínimos generales y profesionales, no se contempla al trabajo doméstico,³⁰ con ello de forma indirecta se fomenta una

²⁵ Instituto Mexicano de Seguro Social, Trámites, Incorporación voluntaria de trabajadores domésticos al seguro social, <http://www.imss.gob.mx/tramites/imss02030a>

²⁶ Instituto Mexicano de Seguro Social, Trámites, Alta en Clínica o UMF <http://www.imss.gob.mx/tramites/registro-umf>

²⁷ Cfr. Artículo 91, Ley General de Población, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/140_120718.pdf

²⁸ Cfr. Artículo 338, Ley Federal del Trabajo, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_040619.pdf

²⁹ Instituto Mexicano del Seguro Social, Respuesta a solicitud de información realizada por medio de la Plataforma Nacional de Transparencia.

³⁰ Cfr. Tabla de Salarios mínimos vigentes a partir del 1º de enero del año 2019, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/426395/2019_Salarios_Minimos.pdf

remuneración precaria a este tipo de labor, esta situación es aprovechada por los empleadores, sobre todo cuando se trata de mujeres en condiciones migratorias irregulares.

Ante esta omisión, el Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar, reconocido por las autoridades competentes de la Ciudad de México en el año 2016, ha construido un tabulador de salarios para sus agremiadas, en donde divide el trabajo doméstico en 4 categorías dependiendo de las actividades que se realizan, para asignarles un sueldo diario y un aumento salarial del 5% anual a cada una de ellas, el salario diario más bajo de este tabulador es de \$300.00 pesos, en este se contemplan actividades de limpieza, cuidado ordinario de jardín y realizar pagos o compras del hogar, el pago diario más alto es de \$500.00 pesos cuando las trabajadoras realicen actividades como: preparación de alimentos de alta cocina, cuidadora de niños con reconocimiento oficial; cuidadora genérica de enfermos, cuidadora de adultos mayores con reconocimiento oficial e instructora con reconocimiento oficial.³¹

De acuerdo a la tabulación anterior el salario mínimo mensual en el primer año es de \$9,000.00 pesos y el máximo mensual de \$15,000.00 pesos, como podemos observar esto se aleja por mucho de la realidad salarial de las trabajadoras domésticas migrantes, ya que de acuerdo a los datos obtenidos por el Centro de Derecho Humanos Fray Matías de Córdova, A.C. mencionados anteriormente, el salario mínimo mensual de una trabajadora doméstica migrantes es de \$1,000.00 pesos y más alto de \$ 4,500.00 pesos.

No obstante, recientemente el presidente de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, en la búsqueda de cumplir con la obligación históricamente olvidada de asignar un salario mínimo a las personas que se desempeñan en esta labor, ha propuesto la cantidad de \$248.72 pesos como salario mínimo diario, en caso de aprobarse, se estaría estableciendo un salario mensual de \$7,461.60, esta tarifa se ha fijado en concordancia a las necesidades de las y los trabajadores del hogar, así como a la solvencia económica de los empleadores. Esta propuesta será discutida en diciembre de 2019 y en caso de ser aprobada entrará en vigor en el 2020.³²

Según datos del INEGI, en México el 73.93% de las trabajadoras domésticas no tienen acceso a prestaciones de ley.³³ Esto es un reflejo del poco compromiso de los y las empleadoras con el debido respeto de los derechos laborales de estas trabajadoras y de la falta de acciones institucionales que tengan como objetivo la promover y proteger sus derechos.

³¹Tabulador salarial SINACTRAHO, <https://sinactraho.org.mx/wp-content/uploads/2019/04/TABULADOR-SALARIAL-SINACTRAHO.pdf>

³² Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, Boletín 008-2019 <https://www.gob.mx/conasami/prensa/el-presidente-de-la-comision-nacional-de-los-salarios-minimos-entrego-el-estudio-sobre-trabajadoras-del-hogar-donde-se-propone-un-salario-minimo-de-248-72-pesos-al-dia>

³³ INEGI, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, Indicadores de género, primer trimestre 2019, <https://www.inegi.org.mx/programas/enoe/15ymas/default.html?ps=Microdatos#Documentacion>

Continuando con el análisis de la legislación mexicana, procederemos al estudio de las disposiciones de la Ley de Migración, en esta ley podemos encontrar la regulación del ingreso y estancia de las personas migrantes en el territorio mexicano, aunque no existe ninguna mención en específico sobre el trabajo doméstico, se pueden identificar los derechos y garantías que ostentan.

En su artículo 2, establece que la política migratoria debe sujetarse al "respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad..."³⁴, además en su artículo 6 reafirma que se garantizará el cumplimiento de los derechos de las personas migrantes con independencia de su situación migratoria.³⁵

Asimismo, esta ley se encarga de regular las actividades remuneradas de las personas migrantes dentro de nuestro país, sin embargo, cabe destacar, que no emite disposiciones diferenciadas para mujeres y hombres, creando un vacío legal importante, ya que sus áreas de desempeño generan condiciones laborales distintas y son expuestos a diferentes riesgos dependiendo de su sexo.

En su artículo 52, reconoce la figura del Visitante Trabajador Fronterizo, en donde se autoriza a los extranjeros provenientes de países fronterizos con México a permanecer hasta por un año, otorgándole permiso para trabajar a cambio de una remuneración, con derecho a entrar y salir del país cuantas veces lo desee.³⁶ Cabe mencionar, que los permisos para trabajadores fronterizos solamente se otorgan para trabajar en los Estados de Chiapas, Campeche, Tabasco y Quintana Roo, siempre y cuando cuenten previamente con una oferta de trabajo, para realizar este trámite deberán pagar una cuota por \$391.00, además de que es solo aplicable para personas provenientes de Guatemala y Belice.³⁷

De acuerdo al Reglamento de la Ley de Migración para que un extranjero pueda tener acceso a este permiso, además de las nacionalidades mencionadas anteriormente, debe presentar ante las autoridades migratorias una oferta de empleo emitida por su empleador o empleadora en donde se especifique la ocupación, el sueldo ofertado, el periodo de contratación, el lugar de trabajo y los datos de constancia de inscripción del emperador o empleadora ante el Instituto Nacional de Migración (INM).³⁸

Para gestionar esa constancia, los empleadores deben presentarse previamente ante INM, para realizar ese trámite en específico, se les solicita estar inscritos ante el Registro Federal de Contribuyentes, presentar su última declaración de impuestos, quedando sujetos a realizar anualmente su declaración de fiscal.³⁹

³⁴ Cfr. Artículo 2, Ley de Migración, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf

³⁵ *Idem*, artículo 6, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf

³⁶ Cfr. Artículo 52 fracción IV, Ley de Migración, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf

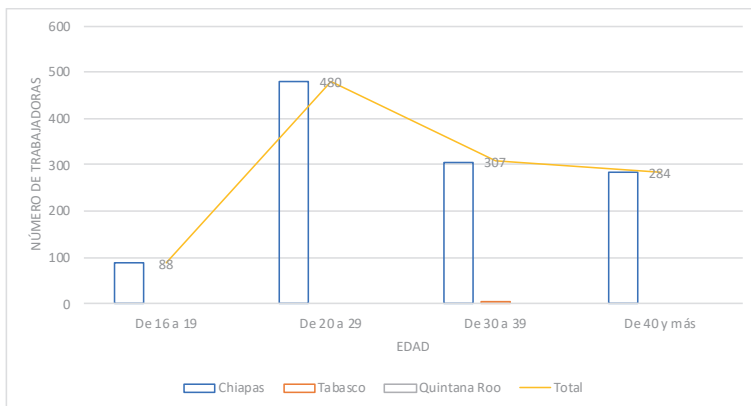
³⁷ Instituto Nacional de Migración, Tarjeta de visitante trabajador fronterizo, <https://www.gob.mx/tramites/ficha/tarjeta-de-visitante-trabajador-fronterizo/INM275>

³⁸ Cfr. Artículo 134, Reglamento de la Ley de Migración, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf

³⁹ Cfr. Artículo 166, Reglamento de la Ley de Migración, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf

El permiso de trabajador fronterizo favorece en cierta medida a las trabajadoras migrantes al ser un trámite más simplificado en comparación con el permiso para realizar actividades remuneradas. Sin embargo, este el tipo de trabajo en si mismo se encuentra envuelto en muchas irregularidades y por esta razón son muy pocas las que pueden acceder a una oferta de trabajo formal por parte de sus empleadores antes de ingresar al país.

Gráfica 2.- Número de Mujeres con Tarjeta de Visitante Trabajador Fronterizo, clasificadas por edad en el año 2018.



Fuente: Elaboración propia con datos del Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2018 de la Unidad de Política Migratoria.

En el año 2018 se otorgaron 1,159 tarjetas de Visitante Trabajador Fronterizo a Mujeres todas ellas eran de nacionalidad guatemalteca,⁴⁰ de acuerdo a lo establecido en la gráfica 2, podemos observar que en su mayoría se desempeñan en el estado de Chiapas, en un rango de edad de 20 a 29 años.

De acuerdo a lo anterior, se puede observar que la mayoría de las mujeres que arriban al estado de Chiapas, buscando mejores oportunidades labores son de nacionalidad guatemalteca. Lamentablemente el Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias, no segrega la información de acuerdo a la actividad laboral que ejercen estas mujeres.⁴¹

A pesar del número de mujeres registradas ante el Instituto Nacional de Migración como Trabajadoras Fronterizas, también existe un gran número que se encuentran trabajando de forma irregular, "esto les ha significado ser
⁴⁰ Unidad de Política Migratoria, *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2018*, México, Secretaría de Gobernación, 2019.
⁴¹ Para cumplir con el objetivo de este capítulo se realizó una solicitud de información pública vía Plataforma Nacional de Transparencia en donde se solicitó el número de permisos laborales emitidos para el desempeño del trabajo doméstico a nivel nacional y en específico en el estado de Chiapas, así mismo se solicitó incluir el monto salarial, nacionalidad, edad y sexo de las personas registradas, la Dirección de Planeación y Promoción Migratoria contestó: "que no se cuenta con el nivel de detalle para conocer la ocupación ni el monto salarial que perciben las personas extranjeras".

invisibilizadas, ya que no se sabe con precisión el número de mujeres que se dedican a estas actividades... Su invisibilización y la falta de regulación del trabajo que realizan son elementos que las hacen víctimas de todo tipo de abusos: físico, sexual, económico y laboral, con la consiguiente conculcación de sus derechos. Son mujeres que se encuentran en situación de "servidumbre", para las cuales no hay tregua en el trabajo doméstico y en el cuidado de niños o de enfermos".⁴²

Derivado de lo anterior, se considera necesaria la adopción de procedimientos accesibles por parte de las autoridades migratorias, estas deben considerar la naturaleza de cada empleo para establecer los requisitos de acceso a un permiso de trabajo, ya que los trámites complejos y las condiciones hacendarias exigidas, dificultan que tanto los empleadores como las trabajadoras obtén por realizar un trámite legal para la contratación de los servicios domésticos.

Como se puede observar tanto la Ley Federal del Trabajo, como la Ley de Migración, carecen de una construcción normativa con perspectiva de género, colocando a las mujeres migrantes en un estado constante de vulnerabilidad, al mantener vigente un sistema lleno de obstáculos que les impide acceder apropiadamente a sus derechos.

Asimismo, se considera necesario incluir una perspectiva interseccional dentro de la legislación migratoria, se debe hacer un esfuerzo para que esta legislación se apegue a las realidades de las mujeres migrantes, se les debe garantizar una estancia digna en el territorio nacional, con pleno respeto a sus derechos humanos.

Para ello, también es importante que México tome en cuenta las recomendaciones y disposiciones que se realizan en la materia a nivel internacional, como las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres (Comité CEDAW), los tratados internacionales y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. "Regular el trabajo de las mujeres migrantes, así como garantizar sus derechos de acuerdo a los estándares internacionales es un tema de igualdad y eficiencia, clave en todos los aspectos del desarrollo".⁴³

Trabajo de las mujeres migrantes en el espectro internacional

En este apartado, se estudiarán los principales convenios internacionales que abordan la protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes con independencia de su condición migratoria, haciendo especial referencia a aquellos que realizan una mención para la protección de las trabajadoras domésticas migrantes.

⁴² Ramírez López, Dulce Karol, *Mujeres Migrantes en la Frontera sur de México: Aproximaciones desde la interseccionalidad*, México, Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, Centro de Estudios Superiores de México y Centroamérica, 2017, p. 105.

⁴³ Gúezmes, Ana en ONU MUJERES, *Trabajadoras migrantes en México se organizan por sus derechos*, disponible en: <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2016/7/women-migrant-workers-in-mexico-organize-for-their-rights>

México se ha caracterizado por ser un Estado Nación que se adhiere a la mayoría de los tratados internacionales, sobre todo, cuando estos tratan del reconocimiento de los derechos humanos de las personas. Respecto a la protección de los derechos de los trabajadores, el Estado Mexicano ha ratificado más de 60 convenios, esto con la finalidad de establecer las normas adecuadas para asegurar un trabajo digno.

Lamentablemente, no existe un instrumento internacional específico para las trabajadoras domésticas migrantes, sin embargo, podemos referirnos a los instrumentos internacionales que en general, abordan los derechos laborales de todas las personas sin importar su nacionalidad o estatus migratorio.

Empezaremos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus artículos 23 y 24, reconoce que toda persona tiene derecho al trabajo, así como también a elegir libremente sobre su actividad, deben contar con una protección contra el desempleo y puede asociarse o fundar sindicatos para la defensa de sus derechos, se les reconoce el derecho a una remuneración justa y equitativa sin distinciones basadas en el sexo, que le permita tener una vida digna para si misma y su familia, asimismo los y las trabajadoras tienen derecho al descanso, a una jornada razonable de trabajo y a contar con vacaciones pagadas.⁴⁴

A pesar de ello, las mujeres trabajadoras migrantes se encuentran lejos de contar con esas condiciones laborales, empezando con que ellas no pueden elegir libremente el empleo en el que se quieren desempeñar. Por ejemplo, en el estado de Chiapas las oportunidades de trabajo las limitan a desempeñarse en su mayoría al trabajo doméstico, agrícola o sexual.⁴⁵

Uno de los instrumentos internacionales más importantes respecto a la protección de los derechos de los y las trabajadores es el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el se establece que los estados parte deberán asegurar que los trabajadores cuenten con:

- Una remuneración
- Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinción alguna.
- Condiciones de existencia para ellos y sus familias
- Seguridad e Higiene en el trabajo
- Igualdad de oportunidades para ser promovidos
- Días de descanso, vacaciones y remuneración de los días festivos.⁴⁶
- Acceso al seguro social.⁴⁷

⁴⁴ Cfr. Artículos 23 y 24, Declaración Universal de los derechos Humanos, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

⁴⁵ ONU MUJERES, IMUMI, *Las trabajadoras migrantes...*, op. cit.

⁴⁶ Cfr. Artículo 7, Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

⁴⁷ Cfr. Artículo 9, Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Lamentablemente en el ejercicio del trabajo doméstico se violan constantemente los derechos laborales de las personas establecidos en este Pacto, los salarios como vimos anteriormente son muy bajos, limitando de esta manera las oportunidades de estas trabajadoras de acceder a una vida digna, además por ser una actividad que históricamente se ha caracterizado por su irregularidad no hay ningún tipo de certeza laboral, actualmente el 99.2% de estas trabajadoras no cuentan con contratos de trabajo escritos.⁴⁸ Además, el desconocimiento de sus derechos aumentan en gran medida los índices de violación que padecen, en especial cuando son extranjeras en condiciones migratorias irregulares.

Otro instrumento internacional en esta materia, es la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, esta fue ratificada por México en 1999, en esta convención se plasman todos los derechos a los que las personas migrantes tienen acceso, independientemente de su condición migratoria, ya que se reconoce la problemática existente en el cumplimiento de los derechos humanos de las y los trabajadores migrantes, más cuando se encuentran en un territorio de forma irregular. Uno de los objetivos de esta convención es desalentar la contratación irregular de esta población por medio del reconocimiento de sus derechos humanos.

Esta convención determina los derechos a los que todas las personas trabajadoras migrantes y sus familias tienen acceso. Las disposiciones que podemos destacar para el trato adecuado de las mujeres trabajadoras migrantes del hogar son los siguientes:

- Respeto a los derechos humanos y a la no discriminación.
- Ningún trabajador migrante será sometido a esclavitud o servidumbre.
- Igualdad de derecho ante los tribunales y cortes de justicia.
- Igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta a la remuneración, horas extras, horario de trabajo, días de descanso, vacaciones pagadas, seguridad, conclusión de la relación laboral y todas aquellas condiciones laborales que reconozca la ley.
- Libertad de asociación a cualquier sindicato.
- Gozar de seguridad social.
- Las disposiciones de la convención serán aplicables independientemente de la situación migratoria del o la trabajadora.

En específico, sobre el trabajo de las mujeres migrantes, el Comité de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, emitió la Recomendación General N° 26, en donde se incita a los Estados a reconocer la aportación del trabajo de las mujeres migrantes en la sociedad, declara que la migración afecta de forma diferenciada a hombres y mujeres, por

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo, Realidades opuestas entre trabajadoras del hogar y sus empleadores en México, https://www.ilo.org/mexico/noticias/WCMS_682718/lang-es/index.htm.

esta razón, es necesario que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento pleno de cada uno de sus derechos, además hace un llamado para la creación de políticas públicas que contemplen la atención adecuada de los derechos de las mujeres migrantes y donde se eliminen todo tipo de discriminación en contra de ellas.

Este comité establece que los países de origen, de tránsito y de destino, deben de tomar medidas para proteger los derechos humanos y la integridad de las trabajadoras migrantes, además hace un llamado especial a los países de destino para eliminar los estereotipos en torno a las ocupaciones a las que pueden acceder las mujeres, ya que llegan a ser limitadas para realizar actividades en relación a su sexo, como el cuidado del hogar, el servicio doméstico o sectores en donde llegan a ser víctimas de maltratos físicos y agresiones sexuales, por esta razón se destaca la obligación de los Estados de proveer de seguridad jurídica a este tipo de trabajadoras y crear mecanismos adecuados de acceso a la justicia.

Asimismo, se destaca la importancia establecer mecanismos para proteger los ingresos de las trabajadoras migrantes, así como de las remesas que envían a su país de origen, además, hace un llamado para establecer medidas punitivas para quienes violen sus derechos e indica que los derechos de estas mujeres deben ser garantizados por las legislaciones de las naciones.⁴⁹

El Estado Mexicano tiene el deber de aplicar las recomendaciones emitidas por este comité. Es fundamental incluir en la legislación mexicana las recomendaciones emitidas por la CEDAW, ya que ello sería un gran impulso para mejorar las condiciones laborales de las trabajadoras migrantes y más de aquellas que se dedican a actividades determinadas por los roles y estereotipos de género como lo son las empleadas domésticas.

Otro instrumento internacional de referencia acerca de los derechos humanos laborales de las trabajadoras domésticas, es el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, este instrumento pretende establecer las bases para asegurar que este tipo de trabajadores tengan acceso a condiciones dignas de trabajo.

Dentro de las disposiciones más relevantes podemos encontrar dentro de esta convención las siguientes:

- Determinar edad mínima para el ejercicio del trabajo doméstico.
- Establecer medidas adecuadas para la protección contra todo tipo de violencia y discriminación, entre ellas establecer mecanismos adecuados de denuncia y seguimiento de los casos.
- Promover la difusión de los derechos de los trabajadores domésticos y en especial la contratación escrita.
- Regular de forma adecuada las jornadas de trabajo, las horas extras, periodos de descanso y vacaciones.

⁴⁹ Comité CEDAW, Recomendación General Número 26, <http://imumi.org/attachments/26.pdf>

- Establecer remuneraciones justas y medios de acceso a la seguridad social.
- Vías de acceso a la justicia y mecanismos de solución de conflictos.
- Introducir dentro de la legislación medidas de inspección de trabajo y sanciones, de acuerdo a la naturaleza del ejercicio del trabajo doméstico.⁵⁰

México no ha ratificado el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, ni los Convenios sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), 1949 (número 97), Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias 1975 (núm. 143)).⁵¹ Para garantizar el trato adecuado de los derechos humanos y laborales de las trabajadoras domésticas migrantes es importante que se ratifiquen los convenios de la OIT en esta materia, procurando adoptar sus disposiciones dentro de la normatividad mexicana, esto permitirá que cada trabajador y trabajadora doméstica cuente con mejores condiciones laborales y de vida.

Establecer medidas de protección a las trabajadoras migrantes “promueve el desarrollo humano y el buen gobierno por dos razones principales: en primer lugar, corresponde y propaga la contribución económica y social de las trabajadoras migrantes al desarrollo; en segundo, reduce los costos sociales y económicos a las trabajadoras abusadas, a sus familias y comunidades, así como a los Estados de origen y acogida”.⁵² El estado mexicano debe promover la dignificación del trabajo doméstico, con el objetivo de que esta actividad deje de ser sinónimo de maltrato y discriminación.

Conclusiones

A lo largo de este capítulo hemos podido observar que el desempeño del trabajo doméstico está ligado íntimamente a factores que, a su vez, lo relacionan con distintos tipos de discriminación, siendo además uno de los ejemplos más representativos de la división sexual del trabajo, obteniendo como resultado la promoción indirecta de los roles de género, estos colocan a las mujeres en los espacios privados y a los hombres en los espacios públicos. Las condiciones laborales de este tipo de trabajadoras son precarias y no existe respeto por sus derechos fundamentales, ni por las garantías que les permitan hacerlos efectivos.

Los empleadores imponen limitaciones a este tipo de trabajadoras, las cuales llegan a ser más amplias cuando son extranjeras y su estatus migratorio es irregular, la legislación migratoria provee opciones para tramitar un permiso de trabajo cuando se tratan de personas originarias de países que tienen límites

⁵⁰ Convenio 189 Sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORML-EXPUB;12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo, Convenios y protocolos actualizados no ratificados por México, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102764

⁵² D'Cuha, Jean, Claim an celebrate women migrants' Human Rights through CEDAW. The Case of Women Migrant Workers, UNIFEM, Oficina Regional de Asia Pacífico, 2005, Bangkok en Díaz Prieto, Gabriela y Alfaro Claudia, op. cit. p. 19.

fronterizos al sur del país, sin embargo, los requisitos solicitados carecen de una perspectiva real de las dinámicas entre empleadores y trabajadoras. Estos procedimientos deberían simplificarse de tal forma en que su gestión no genere un desánimo en ninguna de las partes que integrarán la relación laboral. Procesos sencillos coadyuvarán a la promoción de la contratación regular de este tipo de trabajadoras y en consecuencia podrán acceder a las prestaciones legales reconocidas por la Ley Federal del Trabajo.

A lo largo de este estudio, se pudo identificar que no existen las condiciones adecuadas para generar inspecciones laborales en los centros de trabajo de las trabajadoras domésticas, esto ha provocado la infracción de las condiciones ofertas por parte de los empleadores ante las autoridades migratorias. Para reducir este tipo de violaciones laborales es importante generar programas de monitoreo para este tipo de trabajadoras, con la finalidad de verificar que se están cumpliendo con los compromisos adquiridos dentro de la oferta de trabajo presentada ante las autoridades migratorias.

Existen dos razones principales por las cuales estas trabajadoras no realizan denuncias sobre las condiciones de trabajo en las que se encuentran, la primera es el desconocimiento de sus derechos y los mecanismos adecuados para reclamar su aplicabilidad y el segundo es el temor, denunciar a sus patrones provocaría la pérdida de su empleo y en consecuencia el permiso de trabajo adquirido, provocando que estas mujeres se vean forzadas a regresar a su lugar de origen, este temor se incrementa cuando su situación migratoria dentro de país es irregular, ya que antes de su retorno pueden ser enviadas a estaciones migratorias. En ese tenor resulta necesario instaurar procedimientos de denuncia y atención en casos violación de los derechos laborales de las mujeres migrantes, estos deben asegurarse de no revictimizar a la víctima y deben ofrecerse a cada una de ellas independientemente de su condición migratoria.

En concordancia con lo anterior, es fundamental la creación de políticas públicas que promuevan el respeto y cumplimiento de los derechos laborales de las trabajadoras domésticas, destacando su aplicación universal sin importar su nacionalidad o estatus migratorio. Esto debe ir de la mano con una política migratoria que tenga como base el pleno respeto a los derechos humanos de todas las personas.

En ese sentido, resulta urgente que México ratifique todos los tratados internacionales vinculados con la protección de las trabajadoras migrantes, de esta manera podría reafirmar su compromiso ante la comunidad internacional como protector, promotor y garante de los derechos laborales y la no discriminación de las mujeres. La incorporación de estos instrumentos internacionales al marco jurídico mexicano permitirá que se amplíen los medios de protección para estas trabajadoras, México se vería obligado a incorporar sus disposiciones a las

legislaciones actuales y los impartidores de justicia estarían en condiciones de aplicarlos en sus resoluciones judiciales.

Además de los anterior, hemos podido identificar que existen situaciones que afectan los derechos de las trabajadoras domésticas sin importar que sean nacionales o extranjeras, los dos más importantes son relativos a la remuneración que perciben por sus servicios y el acceso a la seguridad social, muchos patrones se aprovechan de la condición de vulnerabilidad y el estado de necesidad de estas mujeres, la carga de trabajo no se equipara al salario que reciben y en la mayoría de las ocasiones les son negados el acceso a los servicios de salud.

La atención al primero de estos tópicos es de suma importancia ya que en la mayoría de las ocasiones su retribución no cubre el salario mínimo, por esta razón es urgente la aprobación de un salario mínimo diario por parte de la Comisión Nacional de Salarios Mínimos para este tipo de trabajo, en donde se imponga su obligatoriedad sin importar la nacionalidad de quien lo ejerza.

Respecto a la seguridad social, su inscripción no se encuentra asegurada, la normatividad del Instituto Mexicano de Seguridad Social sigue contemplando la inscripción de las trabajadoras domésticas dentro del régimen voluntario, es importante que esta ley se actualice en concordancia con las nuevas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo.

Dentro de esta última se pudo identificar la necesidad de ampliar la protección otorgada a las trabajadoras domésticas en casos de enfermedades crónicas, ya que actualmente el patrón solo tiene la obligación de atender la salud de su empleada por tres meses, lo cual resulta insuficiente, sobre todo cuando se trata de trabajadoras que llevan muchos años en el mismo centro de trabajo, la obligación del patrón debe fijarse en concordancia con la antigüedad de la trabajadora. Esto se solventaría adecuadamente con un adecuado sistema de seguridad social para ellas, no obstante, es importante protegerlas en caso de que sus patrones no cumplan con la obligación de afiliarlas.

Otra de las consideraciones importantes que no esta contemplada por la Ley Federal del Trabajo, son los casos de incapacidad causados por algún riesgo de trabajo o por alguna enfermedad, las trabajadoras domésticas deben tener acceso a este tipo de derechos como una garantía de trabajo digno y decente.

Derivado del estudio de la normativa mexicana se ha podido identificar que la legislación no está armonizada en lo que respecta a la regulación de los derechos de las trabajadoras domésticas, afectando por ende el acceso a las prestaciones legales que les corresponden, por ello se considera necesario realizar un trabajo exhaustivo para cubrir las lagunas y eliminar las discrepancias existentes en el marco normativo mexicano, con la finalidad de proteger de forma adecuada los derechos de estas mujeres.

Los derechos de las trabajadoras migrantes son constantemente violados y las instituciones mexicanas no cuentan con los mecanismos adecuados para brindarles la protección que necesitan, es necesario que tanto las instituciones laborales como migratorias unan esfuerzos para instaurar procedimientos que les permitan a este tipo de trabajadoras acceder a los derechos que les corresponden y les garanticen desempeñarse en ambientes laborales libres de violencia y discriminación.

Este tipo de trabajadoras aportan en gran medida al desarrollo del entorno familiar y social, su contribución debe ser reconocida por medio del justo reconocimiento de sus derechos y de la aplicación de mecanismos que les permitan hacerlos efectivos. La nacionalidad y el estatus migratorio deben dejar de ser barreras entre las personas y el trabajo digno y decente.

Bibliografía

- ÁNGELES CRUZ, Hugo, "Las migraciones internacionales en el Soconusco, Chiapas: Un fenómeno cada vez más complejo", *Revista Comercio Exterior*, México, vol. 54, Núm. 4, abril de 2004, pp. 312-318.
- ARIZA, Marina, "Los cambios en las ocupaciones de las mujeres: auge y declive del servicio doméstico", *Revista de la Universidad de México*, México, N° Extraordinario, 1998, pp. 7-11.
- ARTEAGA DIRZO, Mireya, "Retos para alcanzar un trabajo digno y decente en México", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, Núm. 27, julio-diciembre 2018, pp. 3-22.
- CASTILLO, Manuel Ángel y TOUSSAINT, Mónica, "Diagnóstico sobre las migraciones centroamericanas en Chiapas y sus impactos socioculturales", en Villanueva Ortiz, Maryana y Cruz Rivera, Sandra Amelia (coords.), *Migraciones: mirando al sur. Entrecruzamientos culturales en las migraciones centroamericanas*, México, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Centro Cultural de España en México, Instituto Nacional de Migración, 2010, pp. 88-97.
- CEBOLLADA, Marta, *El trabajo del hogar: Convenio 189 de la OIT y la legislación en México*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2016.
- CENTRO DE DERECHO HUMANOS FRAY MATÍAS DE CÓRDOVA, A.C., *Por el reconocimiento a la contribución significativa de las trabajadoras del hogar en la economía global*, México, CDHFM, 2011.
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN, *Percepciones sobre el trabajo doméstico: Una visión desde las trabajadoras y las empleadoras*, México, CONAPRED, SEGOB, 2015.
- DÍAZ PRIETO, Gabriela y ALFARO, Claudia, *Legislación mexicana y derechos de las trabajadoras migrantes*, México, ONU MUJERES, IMUMI, 2014.
- DÍAZ PRIETO, Gabriela, "Familias Centroamericanas migrantes en México Recomendaciones para ampliar su protección Resumen ejecutivo", Instituto para las Mujeres en la Migración, México, 2017.
- DÍAZ PRIETO, GABRIELA, "Refugiadas, desplazadas, inmigrantes: urgencia y solidaridad", *Revista con la A, s.l.*, Núm. 54, noviembre de 2017, pp. 1-4.

- GARCÍA AGUILAR, María del Carmen y VILLAFUERTE SOLÍS, Daniel, *Migración, derechos humanos y desarrollo Aproximaciones desde el sur de México y Centroamérica*, México, Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, 2014.
- GONZÁLEZ CHÁVEZ, María de Lourdes y GONZÁLEZ GÓMEZ, Gabriela Beatriz, "El trabajo migratorio de indocumentados en México", *Revista Migraciones Internacionales*, México, Vol. 5, Núm. 2, Julio-diciembre de 2009, pp. 97-122.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, "Migrant domestic workers", *Labour Migration Highlights* N° 3, Switzerland, 2015.
- ONU MUJERES, "Derechos humanos de las trabajadoras migrantes", *Serie: Transformar nuestro mundo*, México, ONU MUJERES, 2015.
- ONU MUJERES, *Buenas prácticas del proyecto "promoción y protección de los derechos de las trabajadoras migrantes"*, México, ONU MUJERES, 2017.
- ONU MUJERES, IMUMI, *Las trabajadoras migrantes centroamericanas en Chiapas*, México, ONU MUJERES, 2015.
- ONU MUJERES, IMUNI, *Compromisos de México con los derechos humanos de las trabajadoras migrantes*, México, ONU MUJERES, 2016.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Un trabajo decente para las trabajadoras domésticas remuneradas del continente", *Notas OIT El Trabajo Doméstico Remunerado en América Latina*, s.l., Núm. 1, 2010.
- PAIEWONSKY, Denise, "Feminización de la migración", *Serie género, migración y desarrollo*, documento de trabajo 1, Republica Dominicana, Instituto Internaciones de Investigaciones y Capacitación de la Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (INSTRAW), 2007.
- RAMÍREZ LÓPEZ, Dulce Karol, *Mujeres Migrantes en la Frontera sur de México: Aproximaciones desde la interseccionalidad*, México, Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, Centro de Estudios Superiores de México y Centroamérica, 2017.
- SOTO, Lilian, *Las trabajadoras del hogar remuneradas en el Cono Sur: lucha y superación de exclusiones históricas*, Estados Unidos, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2017.
- TAYAH, Marie-José, *Decent work for migran domestic workers: moving the agenda forward*, Geneva, International Labour Organization, 2016.
- UNIDAD DE POLÍTICA MIGRATORIA, *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2018*, México, Secretaría de Gobernación, 2019.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, *Behind closed doors Protecting and promoting the human rights of migrant domestic workers in an irregular situation*, New York and Geneva, UN, 2015.
- VALIENTE, Hugo, *Las leyes sobre trabajo doméstico remunerado en América Latina*, Paraguay, Centro de Documentación y Estudios y ONU Mujeres, 2016.
- VILLAFUERTE SOLÍS, Daniel, et. al., "Algunas causas de la migración internacional en Chiapas", *Economía y Sociedad*, México, Vol. XIV, Núm. 21, enero-junio 2008, pp. 41-58.

Legislación y tratados internacionales

Comité CEDAW, Recomendación General Número 26

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Convenio 189, Sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ley de Migración

Ley del Seguro Social

Ley Federal del Trabajo

Ley General de Población

Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Reglamento de la Ley de Migración

Fuentes electrónicas

COMISIÓN NACIONAL DE LOS SALARIOS MÍNIMOS, Tabla de Salarios mínimos vigentes a partir del 1º de enero del año 2019, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/426395/2019_Salarios_Minimos.pdf

COMISIÓN NACIONAL DE LOS SALARIOS MÍNIMOS, Boletín 008-2019 <https://www.gob.mx/conasami/prensa/el-presidente-de-la-comision-nacional-de-los-salarios-minimos-entrego-el-estudio-sobre-trabajadoras-del-hogar-donde-se-pone-un-salario-minimo-de-248-72-pesos-al-dia>

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, Trámites, Alta en Clínica o UMF <http://www.imss.gob.mx/tramites/registro-umf>

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, Trámites, Incorporación voluntaria de trabajadores domésticos al seguro social, <http://www.imss.gob.mx/tramites/imss02030a>

INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN, Tarjeta de visitante trabajador fronterizo, <https://www.gob.mx/tramites/ficha/tarjeta-de-visitante-trabajador-fronterizo/INM275>

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Notas OIT, El trabajo doméstico remunerado en América Latina, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2010, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-li-ma/---sro-santiago/documents/publication/wcms_178173.pdf

ONU MUJERES, Infografía: Las/os trabajadoras/es domésticas/os migrantes y algunos datos que todos deberíamos conocer, 2016, disponible en <http://www.unwomen.org/es/digital-library/multimedia/2016/9/infographic-migrant-domestic-workers>

ONU MUJERES, Trabajadoras migrantes en México se organizan por sus derechos, disponible en: <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2016/7/women-migrant-workers-in-mexico-organize-for-their-rights>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenios y protocolos actualizados no ratificados por México, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:11210:0::NO:11210:PI1210_COUNTRY_ID:102764

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Realidades opuestas entre trabajadoras del hogar y sus empleadores en México, https://www.ilo.org/mexico/noticias/WCMS_682718/lang--es/index.htm.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José, Derechos de los trabajadores domésticos, México, Cámara de Diputados LVIII legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

RUBÍ SALAZAR, Ignacio, El trabajo doméstico en México: La gran deuda social, México, Gobierno de la República, 2016.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-09/A.D.%209-2018%20%20.pdf

La relevancia y magnitud que está adquiriendo el fenómeno migratorio, obligan a reflexionar profunda y sosegadamente sobre el tema con una mirada constructiva, que tome como punto de partida el vigente marco normativo interno e internacional, en conexión con las nuevas dinámicas y perfiles migratorios. En este contexto, el objetivo de la presente obra colectiva es generar un espacio de reflexión y propuestas concretas para la atención de los nuevos rostros de la migración que penetran por la Frontera Sur, desde un enfoque de género y derechos humanos.

El libro se centra en el análisis de los derechos de la niñez y las mujeres migrantes en el sur de México, haciendo énfasis en la situación del Estado de Chiapas, espacio que, por su ubicación geográfica, conjuga toda la complejidad de los procesos migratorios que enfrenta el país.