



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

28

Tunja, 2017 - II



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 15</i>	<i>No. 28</i>	<i>F. 28</i>	<i>pp. 260</i>	<i>Julio Diciembre</i>	<i>2017 - II</i>	<i>ISSN: 0124-2067</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	--------------	----------------	----------------------------	------------------	------------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Directora Ediciones USTA Tunja

María Ximena Ariza García, Ph.D.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Ph.D. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez

Número de la revista

Veintiocho (28)
Segundo Semestre de 2017

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: (8) 7440404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistapincipia@ustatunja.edu.co
deiby.saenz@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Búhos Editores Ltda.

Corrección de Estilo:

Fray Ángel María Beltrán N., O.P.

Traducción portugués:

Claudia Lucía Ariza García

Traducción inglés:

William Ortiz

Traducción francés:

Andrea Jiménez Chaparro

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA FACULTAD DE
DERECHO**

POLÍTICAS MIGRATORIAS REFERENTES A LOS
MENORES NO ACOMPAÑADOS EN EL CRUCE
HACIA ESTADOS UNIDOS POR LA FRONTERA
CON MÉXICO

POLÍTICAS MIGRATÓRIAS REFERENTES
A MENORES NÃO ACOMPANHADOS NA
CRUZAMENTO PARA OS ESTADOS UNIDOS
PARA A FRONTEIRA COM MÉXICO

MIGRATORY POLITICS REGARDING
UNACCOMPAINED MINORS TO THE UNITED
STATED BY THE MEXICAN BORDER

POLITIQUE MIGRATRICE RELATIVE AUX
MINEURS NON ACCOMPAGNÉS AUX ÉTATS-
UNIS, MENTIONNÉE PAR LA FRONTIÈRE
MEXICAINE

Fecha de recepción: 28 de mayo de 2017
Fecha de aprobación: 26 de junio de 2017

María del Refugio Macías-Sandoval¹
Noé López-Zúñiga²
Omar Huertas-Díaz³

1 Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Baja California (UABC), México; profesora investigadora de carrera de la Facultad de Derecho Tijuana, UABC; responsable del Cuerpo Académico "Justicia Alternativa y Social", y miembro de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Correo: mmacias@uabc.edu.mx

2 Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Investigador Facultad de Derecho UABC, Perfil PRODEP y miembro del Cuerpo Académico "Justicia Alternativa y Social". Correo: noe.lopez.zuniga@uabc.edu.mx

3 Abogado y Doctor © en Derecho Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar. Maestría Universidad Libre. Maestría en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Maestría en Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho Universidad de Alcalá. Profesor e Investigador Asociado COLCIENCIAS 2017 y Director Curso Postdoctoral en Derecho Universidad Nacional de Colombia. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co

Resumen

En este trabajo se enfoca en los menores migrantes no acompañados e indocumentados que cruzan o pretenden cruzar hacia Estados Unidos por la frontera norte de México, exponiéndose a infinidad de peligros, entre ellos, los malos tratos de los agentes de migración de ambos países y la posibilidad de caer en manos de la delincuencia.

La normatividad internacional y la mexicana, que se apega a aquella, son claras en cuanto a que hay que tener siempre presente, en cualquier decisión o acción que involucre a un menor de 18 años, su interés superior. Sin embargo, se prioriza una política migratoria criminalizante que pone en primer lugar la seguridad nacional, contradiciendo la universalidad de los derechos humanos en pro de nacionalismos violatorios de los derechos humanos.

Palabras clave: menores migrantes no acompañados, políticas migratorias, retorno asistido, migración irregular.

Resumo

Este trabalho centra-se em crianças migrantes não acompanhadas e imigrantes indocumentados que atravessam ou pretendem atravessar os Estados Unidos através da fronteira norte do México, expondo-se a uma infinidade de perigos, entre eles, o maltrato dos agentes de migração de ambos os países e a possibilidade de cair nas mãos da delinquência.

A regulamentação internacional e mexicana, que adere a isso, eles são claros em que devemos sempre ter em mente, em qualquer decisão ou ação que envolva uma criança com menos de 18 anos, seus melhores interesses. Porém, é dada prioridade a uma política migratória criminalizadora que primeiro coloca a segurança nacional, contradizendo a universalidade dos direitos humanos em favor dos nacionalismos que violam os direitos humanos.

Palavras-chave: menores migrantes não acompanhados, políticas migratórias, retorno assistido, migração irregular.

Abstract

This article focuses on the unaccompanied undocumented immigrant minors that cross the border or try to go the United States by the North Mexican frontier, getting exposed to endless dangers, such as abuse from the migration agents in both countries and with the possibility of getting into delinquency.

The international and the Mexican controls are very specific in which the decisions made regarding an adolescent under the age of 18 years old need to be considered. However, a migratory politic is prioritized, in which a national security is located in

the first place, juxtaposing the universality of the human rights in favor of the violated nationalisms of the human rights.

Key words: unaccompanied undocumented immigrant minors, migration politics, assisted return, irregular migration.

Resume

Cet article se concentre sur les mineurs sans papiers non accompagnés qui traversent le bo ou tenter d'aller aux États-Unis par la frontière nord-mexicaine, exposés à des dangers sans fin, de tels abus de la part des agents de migration dans les deux pays et avec la possibilité de tomber dans la délinquance.

Les contrôles internationaux et mexicains sont très spécifiques dans lesquels les décisions prises concernant un adolescent de moins de 18 ans doivent être prises en compte. Cependant, une politique migratoire est priorisée, dans laquelle une sécurité nationale est située en premier lieu, juxtaposer l'universalité des droits de l'homme en faveur des nationalismes violés des droits de l'homme.

Mots clés : mineurs immigrés sans papiers non accompagnés, politique migratoire, retour assisté, migration irrégulière

Introducción

El mundo globalizado en el que vivimos ha traído como consecuencias sociales el incremento de los movimientos migratorios de los países menos desarrollados hacia los denominados de primer mundo, con lo que se fomenta la “desterritorialización forzada por presiones económicas”, como afirma H. C. Moreno (2014, p. 125).

En esta época en que los derechos humanos tienen centralidad en el discurso político y doctrinal, se vuelve contradictorio el fenómeno migratorio con la postura de los mismos países que enarbolan los derechos humanos de la libertad, entre los que está el libre tránsito de todos los individuos, piedra angular del mundo globalizado. Pero, en ejercicio de su soberanía, esos mismos países son los primeros en demandar el cierre de fronteras para defender su seguridad nacional, sin hacer un análisis del fenómeno migratorio, lo que da como resultado el atropello de los más vulnerables y que la libertad que se pregona se aplique solo para las mercancías u objetos de comercio, pero no para los individuos.

El fenómeno migratorio al que se refiere este trabajo es el que se da en la frontera de México con Estados Unidos, que comparten más de 3.000 kilómetros de franja fronteriza; la más transitada y más asimétrica del mundo. Aquí se desarrolla un proceso

masivo que involucra a millones de personas y de familias, y que tiene un impacto permanente y cotidiano en la vida, economía, cultura y política mexicanas. Por otra parte, según datos de la OEA y la OCD (2015), Estados Unidos de Norteamérica es el país de destino migratorio más importante, pues de cada 5 migrantes de América, 4 lo fijan como su meta de residencia.

El enfoque específico es sobre los menores no acompañados que, o bien transitan solos, o son separados de sus padres o familiares, obligados por las circunstancias de las políticas criminalizantes que privan en Estados Unidos, y también en México, que en este sentido, son hijas de la teoría del Derecho penal del enemigo⁴ de Jakobs, (2003) o de lo que llama Agamben (1998), la nuda vida⁵, puesto que las personas detenidas en su tránsito o destino migratorio, se vuelven invisibles para el derecho, mientras se les retiene en espera de retornarlas a su país de origen. Las percepciones negativas sobre la migración están influidas por representaciones sociales mediante las cuales se ve al migrante como un extraño que, en muchos casos, es criminalizado, sobre todo si no tiene documentación migratoria (Rojas, M., 2017).

Datos sobre la dimensión del fenómeno migratorio de menores no acompañados hacia EU

México tiene una larga tradición migratoria como país de origen, de tránsito y de destino. Como país de origen, alrededor de 11 millones de personas nacidas en México residen en Estados Unidos (CONAPO 2015). De destino porque en la frontera sur de México se da el cruce de visitantes locales y trabajadores transfronterizos, y también el tránsito de migrantes cuyo destino final es Estados Unidos; por México, transitan migrantes que buscan llegar a Estados Unidos, sobre todo de Guatemala, Honduras y El Salvador.

Según datos de la Secretaría de Gobernación de México, a través de la Unidad de Política Migratoria (2015), estos tres países son los de origen de menores no acompañados que forman parte del mayor flujo migratorio hacia EU, y que en su tránsito ingresan a México; ellos constituyen el 97.6% del total de menores migrantes presentados ante las autoridades migratorias mexicanas. En 2015 los nacionales de Guatemala representaron el 51.5% del flujo total; mientras que los provenientes de Honduras

4 Derecho penal del enemigo es la expresión creada por el alemán Günther Jakobs para referirse a las normas de derecho penal que sancionan a una persona sin haber lesionado un bien jurídico, sino por el solo hecho de considerarse peligrosa. Por ejemplo, de esta naturaleza es la norma que prevé sancionar a una persona migratoria que por haber ingresado al país sin autorización se le considera una amenaza para la seguridad nacional. El artículo 43, fracción I, prescribe que las autoridades migratorias podrán negar la expedición de la visa, la internación regular a territorio nacional o su permanencia a los extranjeros sujetos a proceso penal, con lo cual se viola el principio de inocencia y se adopta el derecho penal del enemigo al suponer que estas personas son peligrosas.

5 Nuda vida: el sujeto último, el excluido, expresión que se aplica en este caso a los migrantes desprotegidos tanto por la ley del país en el que son extranjeros, como por la ley de su país de origen.

el 29% y los de El Salvador el 17.5%, lo que representa un incremento considerable respecto de los dos años anteriores.

En 2015 el número de migrantes irregulares menores de edad que se introdujeron a México y que fueron presentados al Instituto Nacional de Migración fue de 35,704, cifra que superó en un 55% la del año previo y en mayor porcentaje a las reportadas de 2011 a 2013. En 2014 se repatriaron de Estados Unidos a México 14,339 menores nacionales, de los cuales el 84.13% eran menores no acompañados. En 2016, las cifras son similares.

Según los datos estadísticos de la Secretaría de Gobernación (2017), de enero a junio de 2017, las repatriaciones de mexicanos ascendieron a 89,863, de los cuales, 4,463 son menores no acompañados, la mayoría entre 12 y 17 años. Los estados de donde procede el mayor número de menores mexicanos no acompañados son Guerrero, Michoacán, Oaxaca, Tamaulipas, Sonora, Guanajuato, Chihuahua y Baja California.

Por otra parte, la información de lo que sucede en Estados Unidos, allende la frontera, según los datos difundidos por la CONAPO (2016), el flujo de los menores migrantes no acompañados y aprehendidos por la Patrulla Fronteriza de Estados Unidos en la frontera con México se incrementó sustancialmente en 2014, en relación a los años anteriores, y a los subsiguientes. El total que arroja la fuente citada en ese año es de 479,371, un problema grave si se considera que este flujo, aunque no esté compuesto solo por mexicanos, todos cruzan por la frontera mexicana. Por esta razón, el presidente de México, Enrique Peña Nieto, puso en marcha el programa Frontera Sur, para detectar y asegurar a migrantes, incluyendo menores de edad, por autoridades migratorias mexicanas. Esto contribuyó a la disminución del flujo migratorio el año siguiente, 2015 (James, 2016), pero no ha habido manera de detenerla. Los datos estadísticos sobre las detenciones en Estados Unidos de menores migrantes mexicanos, según la página oficial de Aduanas y Protección de Fronteras del Departamento de Seguridad Nacional de ese país, de octubre a agosto de 2017, fue de 8,056, de un total de 38,495, incluyendo a El Salvador, Guatemala y Honduras.

La dimensión del problema se puede apreciar, sobre todo, por la vulnerabilidad de los menores, no solo por su edad, sino por no contar con el acompañamiento y la protección de un adulto; ellos, en estas circunstancias, tienen que enfrentar la problemática de no tener quien los proteja o represente y por ser menores de edad no pueden tomar decisiones por sí, por desconocer la trascendencia de estas. Al ser detenidos padres e hijos indocumentados por las autoridades migratorias de Estados Unidos, los progenitores se ven forzados a decir que viajan solos pues de lo contrario se les inicia un proceso judicial por tráfico de personas (Moctezuma 2014, p. 13). A estos menores se les recluye en albergues, para luego ser repatriados a sus países de origen sin la compañía de sus padres. Las autoridades migratorias estadounidenses los obligan a firmar un documento donde renuncian a la designación de un abogado y optan por la repatriación.

En el proceso de retorno a México, sin la compañía de sus padres o de un adulto que los proteja, las autoridades migratorias de los Estados Unidos los dejan del lado mexicano al cruzar la frontera, cuando se trata de menores que no traen documentos para acreditar su edad y que aparentan contar con 18 años, sin que ninguna autoridad mexicana los reciba o tengan un representante.

Estas políticas migratorias han evolucionado hasta criminalizar el solo hecho de ingresar al país como extranjero indocumentado o irregular, se les excluye del acceso a los derechos sociales con la justificación de la seguridad nacional (Ortega, 2015); se considera peligroso a todo el que ingresa en estas condiciones, lo que agrega vulnerabilidad a la ya natural de la minoría de edad.

La evolución de las políticas migratorias de Estados Unidos

Los grandes cambios en el proceso migratorio durante el siglo XX sucedieron en dos grandes momentos: el Programa Bracero (1942-1964) y la Ley *Immigration Reform and Control Act* (IRCA, 1986). Después se continuó con una política migratoria restrictiva que reforzó esta tendencia.

Jorge Durand (2007) afirma que el Programa Bracero “es quizá el ejemplo más relevante, por su dimensión y duración, de los Programas de Trabajadores Temporales a nivel mundial” (p. 27). Los acuerdos braceros significaron el paso de la deportación masiva a la contratación masiva; de la acción unilateral al acuerdo bilateral; de la migración desregulada a la migración programada. La migración espontánea, familiar, desordenada y promovida por contratistas privados, llamados comúnmente ‘enganchadores’, se convirtió en un proceso legal, exclusivamente masculino, preponderantemente agrícola y controlado por la burocracia de ambos países. En 1964 se finalizó el Programa Bracero, pero en la práctica, los trabajadores seguían pasando la frontera, y los empleadores, en vez de braceros, contrataban ‘mojados’, es decir, trabajadores mexicanos indocumentados. (Durand, Douglas y Massey, 2003).

Por cuestiones de seguridad nacional, en 1986, con la Ley IRCA se cambió de política. Ahora se cerraba la frontera y se otorgaba amnistía a los que ya estaban en territorio estadounidense, que se consideraba la mano de obra necesaria para los sectores de la agricultura y de los servicios. Este proceso benefició a más de un millón de mexicanos que pudieron cumplir con los requisitos que marcaba la ley: demostrar que habían trabajado en Estados Unidos por 5 años. Después, para controlar la inmigración se tomaron medidas como la construcción de bardas metálicas, estrechar la vigilancia con helicópteros y patrullas fronterizas. El resultado fue el cambio de los puntos de ingreso por los lugares menos vigilados. La IRCA provocó un vuelco total en cuanto a la situación legal. La mayoría, dos terceras partes de la población migrante, pasó

a ser documentada. Hoy la línea divisoria entre México y Estados Unidos está muy vigilada por lo que se ha vuelto la frontera más peligrosa del mundo.

En 1996, la Ley de Reforma a la Asistencia Social (*Welfare*) limitó los servicios de salud, y la Ley de Inmigración Ilegal y Responsabilidad de los Inmigrantes (*Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act, IIRIRA*), de aplicación federal, dificultó el asilo, limitó el ingreso de familiares de inmigrantes residentes y penalizó tanto la migración indocumentada como la prolongación de la estadía en el caso de tener visa (Durand, Douglas y Massey, 2003). La vigilancia de la frontera se orientó a bloquear las rutas tradicionales de entrada y cambiar el tráfico de indocumentados hacia áreas lejanas, desérticas e inhóspitas, por lo que se le autorizó a la Patrulla Fronteriza mayor personal, equipo y tecnología para detectar, aprehender y repatriar a los inmigrantes indocumentados (González, P., 2009).

La política migratoria de EU se volvía cada vez más agresiva y los mexicanos documentados empezaron a naturalizarse, por lo que México optó por reformar la Constitución y dar la opción de la doble nacionalidad a partir de 1996, los mexicanos podrían tener dos nacionalidades, y quienes la habían perdido, por haber tenido que renunciar en años anteriores, tendrían la posibilidad de recuperarla.

En 2014 aproximadamente 11 millones de mexicanos mayores de 16 años residen en Estados Unidos; la mitad se emplea en actividades que se etiquetan como de baja calificación, ya sea en servicios (por ejemplo, preparación de alimentos, mantenimiento y limpieza de inmuebles y servicios domésticos y personales), en la agricultura y en la construcción que en 2014, representan 28,7%, 16,5% y 4,4%, respectivamente. La otra mitad se ocupa en actividades con alguna especialización, semicalificadas y calificadas (Rojas, M., 2017, p. 16).

Al endurecerse las políticas migratorias, el resultado es que el cruce se vuelve más peligroso, pero ha sido imposible detenerlo, y quienes están en mayor estado de vulnerabilidad son los menores, y si son separados de sus familiares o viajan solos, se agrava esa vulnerabilidad. El gobierno estadounidense justifica que los menores sean separados de los adultos para protegerlos, pero en los hechos se les coloca en un nivel de mayor vulnerabilidad; a su vez, cuando ese gobierno se refiere a menores deportados, el Gobierno mexicano, eufemísticamente, la llama menor repatriados, para destacar el supuesto lado humanitario (Moctezuma, 2014).

Moctezuma (2014) comenta que “ningún Estado tiene razones legítimas para separar a los menores migrantes de sus padres durante el cruce fronterizo”, pues se violentan los derechos de los niños, reconocidos internacionalmente, como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que hay que atender en todo tiempo su interés superior (art. 3), y que se debe velar porque los niños no sean separados de sus padres (art. 9). La separación que se practica de los niños migrantes no puede justificarse por razones de seguridad nacional, pues habría que preguntar cuál peligro se evita con

esta separación. El único propósito es intimidar para desmotivar el ingreso irregular al país, pero esta razón no puede estar por encima de los derechos humanos, menos cuando se trata de personas tan inermes como los menores de 18 años, exponiéndolos a peligros de ser víctimas de la delincuencia.

Las políticas que priorizan la detección, detención y deportación no han sido benéficas y, por ende, atender al fenómeno no debe traducirse en más retenes y centros de detención migratoria o acuerdos para agilizar la logística de las deportaciones. Se debe velar por la libertad de las personas, en especial de las niñas, niños y adolescentes migrantes que viajan solos o en compañía de una persona adulta (Senado de la República, 2017).

Normativa jurídica sobre los menores migrantes

Los menores migrantes irregulares están protegidos por normas internacionales, entre ellas: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 y los convenios de la OIT sobre Trabajo Infantil.⁶

La Convención sobre los Derechos del Niño es la más relevante en cuanto que constituye un documento de referencia sobre la protección universal de los derechos mínimos de los niños, según la terminología empleada en este instrumento para referirse a las personas menores de 18 años; se aplica a todos los niños sean de cualquier nacionalidad, según cuatro principios o derechos fundamentales: a) la no discriminación; b) el interés superior del niño que significa que en cualquier decisión en donde esté involucrado un menor se debe considerar lo que más le beneficie; c) el derecho intrínseco a la vida que incluye su desarrollo, y d) el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.

La legislación mexicana, a raíz de las reformas constitucionales de junio de 2011, es protectora de las personas migratorias, y “hace de la protección de las niñas y los niños migrantes extranjeros no acompañados una piedra angular de las obligaciones internacionales de México ante la comunidad internacional” (Guillé, *et al.*, 2016, p. 20), en contraste con la anterior Ley General de Población⁷ que sancionaba con pena privativa de libertad, y constituía un delito encontrarse en territorio mexicano sin visa o permiso migratorio de legal estancia, lo que ha sido derogado por la nueva Ley de

6 Entre estos convenios, están el 138 y el 182 de la OIT, de 1973 y 1999, respectivamente, los cuales han sido ratificados por casi todos los países miembros. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ipecc/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang--es/index.htm>

7 Antes de la expedición de la Ley de Migración (mayo, 2011), la Ley General de Población establecía, en el artículo 123: “Se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientas a cinco mil pesos al extranjero que se interne ilegalmente al país”, y el artículo 118 elevaba la pena a 10 años de prisión para el extranjero que en la misma forma se internaba después de haber sido expulsado. Estos artículos, junto con muchos otros, han sido derogados.

Migración del 25 de mayo de 2011, así como por el nuevo reglamento de la Ley de Migración publicado el 28 de septiembre de 2012 en el Diario Oficial de la Federación.

La Ley de Migración constituye un cambio relevante; en sus principios rectores se destaca que la política del estado mexicano debe sustentarse en el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas migrantes, sean nacionales o extranjeros; se reconoce la unidad familiar y el principio del interés superior de la niñez, entre otros aspectos (Rojas, Martha Luz, 2017).

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 11, protege la libertad de tránsito al declarar que “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”; así que, en principio, los migrantes que se desplazan fuera de su hogar hacia los Estados Unidos y toman como país de tránsito el Estado mexicano, su libertad de tránsito está garantizada, pero esta garantía está subordinada a las limitaciones de las leyes migratorias, que son el fundamento jurídico de la política migratoria del Estado mexicano.

La Ley de Migración de México, en sus artículos 6 y 7, prescribe que se “garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano”, con independencia de su situación migratoria; entre estos derechos está “la libertad... para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional”, y que solo la autoridad competente podrá exigir la comprobación de la situación migratoria. La salida del país no está negada expresamente, pero sí condicionada, pues el artículo 34 refiere que “los mexicanos y extranjeros solo pueden entrar y salir del territorio nacional por los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire”; entonces los migrantes indocumentados que se dirigen a los Estados Unidos y que transitan por el Estado mexicano no cumplen esta disposición por su situación irregular y por temor a ser detectados por las autoridades migratorias y ser regresados a su país de origen.

A pesar del avance que representa la Ley de Migración, en opinión de los estudiosos del tema, como Martha Luz Rojas (2017), en los hechos, la Ley de Migración presenta una incongruencia con los principios que enarbola, pues sus disposiciones no se cumplen en distintas escalas, en particular en la local, donde hay múltiples ejemplos de negación de los derechos básicos a las personas migrantes si no cuentan con documentación migratoria, contraviniendo los pactos internacionales de derechos. Así mismo, M. Moctezuma (2014) constata, por propia experiencia en su visita a la zona fronteriza México-Estados Unidos en 2007, la “supuesta intervención humanitaria del Gobierno estadounidense... y la omisión del Gobierno mexicano” para justificar la separación de los menores de los adultos que los protegen, con lo que los coloca en un nivel de mayor vulnerabilidad. También K. A. Castilla (2014) expresa, en referencia a la Ley de Migración, que pese a lo avanzado y proteccionista que pueda ser, existen grandes contradicciones que, al final, se resuelven a partir de decisiones y actos discriminatorios

que se cubren con el discurso de los políticos y se justifican con argumentos de seguridad nacional.

En cuanto a los derechos de los menores, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4, párrafo octavo, y la Ley de Migración en sus artículos 73 y 74 se apegan al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño en el que se obliga a los Estados Parte a que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado cuando los padres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo; los tres ordenamientos prevén que siempre se tomará en cuenta la vulnerabilidad, la edad y el interés superior del niño; la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (julio, 2007) reiteró el concepto de ‘interés superior del niño’ conforme la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “implica que el desarrollo de este [el niño] y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

El artículo 29 de la Ley de Migración se refiere específicamente a los menores migrantes no acompañados de la siguiente forma: Corresponde al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y al del Distrito Federal:

I. Proporcionar asistencia social para la atención de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados que requieran servicios para su protección;

II. Otorgar facilidades de estancia y garantizar la protección de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en tanto el Instituto resuelva su situación migratoria;

III. Coadyuvar con el Instituto en la implementación de acciones que permitan brindar una atención adecuada a los migrantes que, por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de mayor vulnerabilidad como son los niños, niñas y adolescentes migrantes.

Asimismo, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en vigor desde 2014, y su Reglamento de diciembre de 2015, los reconoce como titulares de derechos; y el artículo 125 de esta ley, junto con los artículos 71 y 73 de la Ley de Migración, crean instituciones y mecanismos para garantizar su ejercicio efectivo.⁸

8 El artículo 125 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes crea el Sistema Nacional de Protección Integral, “como instancia encargada de establecer instrumentos, políticas, procedimientos, servicios y acciones de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes”. La Ley de Migración, en el artículo 71, autoriza a la Secretaría de Gobernación para crear “grupos de protección a migrantes que se encuentren en territorio nacional, los que tendrán por objeto la protección y defensa de sus derechos, con independencia de su nacionalidad o situación migratoria”, y el artículo 73 le atribuye a la misma Secretaría la obligación de “implementar acciones que permitan brindar una atención adecuada a los migrantes que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de vulnerabilidad como son las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, las mujeres, las víctimas de delitos, las personas con discapacidad y las adultas mayores.”

Antes de estas leyes, ya se habían dado pasos importantes, como la creación de los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI), a través del Instituto Nacional de Migración (INM), a principios de 2008.

Los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI)

Según el informe de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2016), el 30 de marzo de 2007, la Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos de la Secretaría de Gobernación instaló la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños, Niñas y Adolescentes No Acompañados y Mujeres Migrantes con la participación de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), así como el Instituto Nacional de Migración (INM) y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), entre otras instituciones. En ese foro se creó el “Modelo de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes y Repatriados No Acompañados”, en el que se estableció la figura del Oficial de Protección a la Infancia (OPI), funcionarios especializados con habilidades para entrevistar a esta población y para proteger sus derechos.

Siguiendo la información de la Secretaría de Gobernación (2014), operan en todo el país 436 OPI, distribuidos en las 32 delegaciones federales del INM. Sus funciones, contenidas en la circular del INM del 12 de febrero de 2010, incluyen desde la asistencia en las estaciones migratorias y el acompañamiento en el retorno a sus países de origen, hasta la detección e identificación de casos que requieren una atención más específica, como las víctimas de delitos. El 29 de noviembre de 2011, la Secretaría de Gobernación publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el que se emitieron los Lineamientos en Materia de Protección a Migrantes del INM, en cuyo cuerpo normativo se especifican las facultades del OPI.

Esos funcionarios fueron capacitados específicamente para brindar atención a los menores no acompañados en la ruta migratoria en territorio mexicano. El balance de sus actividades es globalmente positivo en el país, en particular en Chiapas, donde los agentes han colaborado activamente con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en la detección de casos de trata y víctimas de violencia sexual.

Según información de la Secretaría de Gobernación (2014), la experiencia de los OPI en Centroamérica y América del Sur se ha difundido desde el 2008 y se ha replicado la iniciativa en Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y República Dominicana. Otros países como Panamá, Argentina y Chile están interesados en recibir la misma capacitación para sus agentes migratorios.

El Reglamento de la Ley de Migración, en el artículo 169, prevé que en términos del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI), en su calidad de personal especializado en la infancia del

INM, intervendrán para la resolución de su situación migratoria, especialmente cuando se trate de procedimiento de reunificación familiar, de regularización de estancia, para el reconocimiento de la condición de refugiado y retorno asistido. De acuerdo con el artículo 172, para esta valoración se entrevistará al menor para obtener información sobre su identidad, país de nacionalidad o residencia, situación migratoria y se tratará de localizar a sus padres u otros miembros de la familia y de satisfacer sus necesidades particulares de protección, de atención médica y psicológica.

En los hechos, del informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de 2016 sobre la problemática de los menores migrantes no acompañados en su tránsito por México, se desprende que el retorno asistido de estos menores se ha tramitado de forma rápida sin tomar en cuenta el interés superior del niño al no atender con el cuidado debido sus necesidades de protección, de acuerdo a sus circunstancias de vida y su madurez física y mental, entre otras cosas, incumpliendo de esta manera lo que se dispone en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la prestación de cuidados especiales, según su edad y condición, y el artículo 19 de la Convención Americana que indica la aplicación de medidas especiales de protección para quienes las requieran.

Sin atender los lineamientos y el protocolo establecidos para la protección de los menores, se les expone a ser víctimas de la delincuencia, como sucede con frecuencia, a pesar de la legislación y medidas protectoras, pero que por negligencia o por haber rebasado la capacidad de atención, en la práctica no se aplican. Las amenazas se concretan no solo en las comunidades de los migrantes, sino en las zonas de tránsito, en ellas se han perpetrado asesinatos masivos de migrantes indocumentados, extorsiones, robos, violaciones sexuales y el reclutamiento forzado de jóvenes para llevar a cabo asesinatos masivos en otros países. Como ejemplos importantes están los casos de la masacre de 72 migrantes en San Fernando, Tamaulipas en 2010; y la masacre de 27 campesinos en la Finca Los Cocos, La Libertad, El Petén.

De acuerdo al protocolo para el aseguramiento, alojamiento y retorno asistido de los menores no acompañados, el artículo 112 de la Ley de Migración prescribe que los menores no acompañados que son detectados y asegurados por el Instituto Nacional de Migración en aeropuertos, puntos terrestres, terminales de autobuses o puertos marítimos serán puestos a disposición del INM quien deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos, sujetándose particularmente a lo siguiente:

- a) Los canalizará de inmediato al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), mientras se resuelve su situación migratoria.
- b) El personal especializado del Instituto, constituido por los Oficiales de Protección a la Infancia, los entrevistará, en presencia de un representante de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con objeto de conocer su identidad, su nacionalidad y su situación migratoria.

c) Dará aviso al consulado de su país y en coordinación con este procederá a la búsqueda de sus familiares y a su retorno asistido, una vez resuelta su situación migratoria. Corresponderá al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) garantizar el eficaz retorno asistido del menor con sus familiares adultos, si este procede.

Hoy en día, la figura del OPI es constantemente cuestionada, debido a que la mayoría de estos servidores públicos también son agentes federales de migración, sin que se pueda desligar su actuación en uno u otro. Especialistas en materia de derechos humanos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos consideran que los oficiales carecen de una visión integral y de la preparación necesaria. La capacitación que reciben es de apenas una semana, y si bien los mismos OPI suelen calificarla como provechosa, algunos de ellos han expresado que la estructura institucional no les permite aplicar lo aprendido (CNDH, 2016, p. 89). Esta doble función incide en el trato a los menores migrantes no acompañados.

El trato a los menores migrantes no acompañados

Según el comunicado conjunto de las Secretarías de Gobernación y de Relaciones exteriores del 23 de febrero de 2016, los resultados de la Cuarta Reunión del Grupo Ejecutivo de Políticas de Repatriación, celebrada en El Paso, Texas, con representantes de los gobiernos de México y Estados Unidos, fueron la firma de los Arreglos Locales de Repatriación en la frontera “para garantizar la seguridad y debida recepción de las personas mexicanas que son repatriadas”, con el fin de que las repatriaciones se realicen en horarios y puntos determinados para que sea posible la recepción y asistencia de las personas mexicanas en retorno, mejorar la atención de los menores no acompañados, conforme al Protocolo de Asistencia Consular a Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados, desarrollado en colaboración con UNICEF México.

Pero, en realidad, el trato que se les da a los menores no coincide con el que se le debe dar según la normatividad; así lo ha informado la Comisión Nacional de Derechos Humanos (2016), porque los OPI, además de ejercer las funciones propias para las que fueron creados, se les han asignado las de agentes federales de migración que incluyen las detenciones, y lógicamente estos oficiales se ven en la disyuntiva de ejercer funciones que no se pueden conciliar con las propias de la protección de los derechos humanos o, por lo menos, se ven restringidas, porque en ocasiones el mismo servidor público que debe proporcionarles protección es el mismo que los detiene.

Refiere Moctezuma Longoria (2014) que el drama mayor es la existencia de casos donde los infantes son tan pequeños que no están en condiciones de aportar su nombre y menos el de sus familiares. Y es que los padres los entregan a “polleros” o a conocidos suyos para que los crucen, y al verse descubiertos son abandonados a su suerte. También es probable que al momento de ser sorprendidos cruzando, los menores sean separados de los adultos, o estos se vean forzados a negar que vienen en su compañía con tal de

no ser acusados de tráfico de personas (Moctezuma, 2014). Por esta razón, se requiere personal especializado para la atención de estos casos tan delicados, y por lo mismo, los OPI deberían depender del DIF y no del INM para que sus funciones fueran exclusivamente encaminadas a proteger el interés superior de estos menores.

Conclusiones

Aunque existe suficiente normatividad, internacional y nacional, protectora de los derechos humanos de los menores en general y específicamente referida a los menores migrantes no acompañados, persiste la violación, de hecho, de su interés superior, que es un principio aceptado en los instrumentos internacionales y en las legislaciones nacionales.

Las políticas migratorias de los países a los que se refiere este trabajo: Estados Unidos y México, son restrictivas de los derechos humanos, puesto que criminalizan la migración indocumentada o irregular en pro de la seguridad nacional, a pesar del discurso oficial que divulga el cumplimiento de los compromisos internacionales acerca de la protección de los grupos vulnerables, como son los menores migrantes no acompañados.

Para dar efectividad a protección de los menores migrantes no acompañados en su tránsito por México y en su retorno a su país de origen, se instituyeron los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI), cuyas funciones son, principalmente, asistir a los menores migrantes en todas las circunstancias en que requieran apoyo por su vulnerabilidad natural (la minoría de edad), y la creada por la carencia de documentación que los autorice a transitar por un país que no es el suyo.

La Ley de Migración que representa un avance respecto de la normatividad anterior, todavía contiene restricciones a los derechos humanos de los migrantes al considerarlos peligrosos por el solo hecho de ser parte de un proceso judicial, violando de esta manera el principio de inocencia. Así mismo, los menores migrantes no acompañados no están suficientemente protegidos por los Oficiales de Protección a la Infancia al asignárseles funciones de oficiales de migración, las que deben cumplir aun en contra de las que corresponden a las de protección de estos menores. Estos Oficiales deberían depender del Sistema Nacional de Desarrollo de la Infancia (DIF) para que su capacitación y funciones sean acordes a lo que su nombre sugiere.

Referencias

Alba, Francisco, (2004) Política migratoria: un corte de caja, *Nexos*, <http://www.nexos.com.mx/?p=11151>

Alba, Francisco (2009), México ante la migración: Migración internacional y políticas públicas, en Leite, Paula. y Giorguli, Silvia, *El estado de la migración. Las políticas públicas ante los retos de la migración mexicana hacia Estados Unidos*, México: CONAPO.

Castilla, Karlos (2014), Coyuntura y debate. Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades, en *Revista Migración y Desarrollo*, Vol. 12, núm. 23, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992014000200006

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, *Opinión consultiva oc-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Durand, Jorge (2007), El programa bracero (1942-1964), Un balance crítico, *Revista Migración y Desarrollo*, núm. 9, segundo semestre, pp. 27-43, Red Internacional de Migración y Desarrollo, Zacatecas, México.

Durand, Jorge y Douglas S. Massey (2003), *Clandestinos Migración México-Estados Unidos en los albores del siglo XXI*, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial. México: Miguel Ángel Porrúa/Universidad Autónoma de Zacatecas.

El Colegio de la Frontera Norte (2014), *Encuesta sobre Migración en La Frontera Sur de México, Emif Sur; Informe Anual de Resultados 2013*, México: El Colegio de la Frontera Norte / Unidad de Política Migratoria / Consejo Nacional de Población / Secretaría de Gobernación / Secretaría de Relaciones Exteriores / Secretaría del Trabajo y Previsión Social. <https://www.colef.mx/emif/resultados/informes/2013/Sur/EMIF-SUR.pdf>

Estados Unidos, Departamento de Seguridad Nacional, Aduanas y Protección de Fronteras (2017), *U.S. Border Patrol Southwest Border Apprehensions by Sector*, disponible en: <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/usbp-sw-border-apprehensions>.

González, Pablo Jesús (2009), Migración, Criminalidad y Violencia en la frontera norte de México, *Revista Criminalidad*, vol. 51, núm. 2, Bogotá, disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082009000200004

Guillé, María Margarita, *et al.* (2016), *Modelo de atención de niñas y niños migrantes no acompañados*, ITA innovación y transformación, comunicación

potencial y desarrollo, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/222573/MODELO_DE_ATENCION_DE_NIAS_Y_NIOS_MIGRANTES_NO_ACOMPAADOS.pdf

Jakobs, Günther. y Cancio, Manuel (2003), *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas.

James, Matthew. (2017), Características, tendencias y causas de la migración de niñas, niños y adolescentes desde, hacia y en tránsito por México, 2011-2016, en CONAPO, *La situación demográfica de México 2016*, México: CONAPO, pp. 183-207, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/232084/08_Lorenzen.pdf

México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2016), *Informe sobre la Problemática de Niñas, Niños y Adolescentes Centroamericanos en Contexto de Migración Internacional No Acompañados en su Tránsito por México, y con Necesidades de Protección Internacional*, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Informe_NNACMNA.pdf

México, Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional de Migración (2014), *Modelo para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes y Repatriados No Acompañados*, disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/relext_an/eventos/docs/SEGOB.pdf

México, Secretaría de Gobernación y Secretaría de Relaciones Exteriores (23 de febrero de 2016), *Publicación conjunta*, disponible en: <https://embamex.sre.gob.mx/eua/index.php/es/comunicados2016/1052-mexico-y-estados-unidos-formalizan-acuerdos-para-la-repatriacion-digna-segura-y-ordenada-de-nacionales-mexicanos>.

México, Secretaría de Gobernación, Unidad de Política Migratoria (diciembre, 2015), *Menores migrantes en México, Resumen estadístico mensual, Menores mexicanos devueltos por Estados Unidos por grupo de edad y sexo, 2011-2015*, pp. 7-8, disponible en: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/SEGOB/CEM/PDF/Estadisticas/Medidas_de_facilitacion_migratoria/H_2010_2013/En%20Foco%2024122015.pdf

México. Senado de la República, Comisión de Asuntos Migratorios (2017), *Posicionamiento respecto a la migración en México*, disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/asuntos_migratorios/docs/consulta_posicionamiento_SEN_LSSR_DACA.pdf

México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala (julio 2007), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, p. 265, disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/172/172003>.

Moreno, H. César (enero-abril 2014). Desciudadanización y estado de excepción, *Revista Andamios*, Vol. 11, núm. 24, México, pp. 125-148, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/628/62832750007.pdf>

OEA/OCDE (2015), *Migración internacional en las Américas. Tercer informe del Sistema Continuo de Reportes sobre migración internacional en las Américas (SICREMI)*, Washington, OEA, Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral. Disponible en: <https://www.oas.org/docs/publications/sicremi-2015-spanish.pdf>

Ortega, Elisa. (2015). Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48 (142), 185-221, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000100006&lng=es&tlng=es.

Rojas, Martha Luz (2017), México. Análisis de las migraciones y el desarrollo, en Universidad Pontificia de Comillas, *Estudio: Migración y desarrollo en Iberoamérica*, Organización Internacional para la Migración (OIM), disponible en: http://segib.org/wp-content/uploads/GLOBAL-OBIMID-IOM-REPORT-2017_FV.pdf

