POLÍTICA, ECONOMÍA Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

33

DERECHOS HUMANOS Y GRUPOS VULNERABLES
EN CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE

Aída Díaz-Tendero Bollain

CIALC
Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Rector
Dr. Enrique Luis Graue Wiechers

Secretario General
Dr. Leonardo Lomelí Vanegas

Secretario de Desarrollo Institucional
Dr. Alberto Ken Oyama Nakagawa

Coordinadora de Humanidades
Dra. Guadalupe Valencia García

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Director
Mtro. Rubén Ruiz Guerra

Secretaria Académica
Dra. Laura Hernández Ruiz

Encargado de Publicaciones
Gerardo López Luna

Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe

TOMO I

Colección
Política, Economía y Sociedad en América Latina y el Caribe
33

Aída Díaz-Tendero Bollain

Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe

Tomo I

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE
MÉXICO 2020

Este libro, derivado del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica "Envejecimiento de la población en América Central y las Antillas Mayores en el siglo XXI. Aspectos sociodemográficos, de economía política y de derechos humanos" (IA300117), se publicó con el apoyo de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA) de la UNAM.

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas

Nombres: Díaz-Tendero Bollain, Aída, editor.

Título: Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe / Aída Díaz-Tendero Bollain.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, 2020. | Serie: Colección política, economía y sociedad en América Latina y el Caribe ; 33.

Identificadores: LIBRUNAM 2099305 | ISBN: 9786073039765.

Temas: Derechos humanos – América Central. | Derechos humanos – Caribe (Región). | Minorías – Condición jurídica, leyes, étc. – América Central. | Minorías – Condición jurídica, leyes, étc. – Caribe (Región). | Justicia social -- América Central. | Justicia social – Caribe (Región).

Clasificación: LCC JC599.A49.D47 2020 | DDC 306.097281—dc23

Diseño de portada: Mtra. Marie-Nicole Brutus H.

Primera edición: diciembre de 2020
Fecha de edición: 15 de diciembre de 2020

D.R. © 2020 Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510
México, Ciudad de México

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE
Torre II de Humanidades, 8º piso,
Ciudad Universitaria, 04510, México, Ciudad de México
Correo electrónico: cialc@unam.mx
http://cialc.unam.mx

ISBN: 970-32-3582-4 (Colección)
ISBN: 978-607-30-3976-5 (Obra)

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en México

Para Eduardo

Índice

Prólogo 11
Aída Díaz-Tendero Bollain

I. Derechos de la mujer y perspectiva de género

1. Poder obstétrico en Costa Rica: políticas públicas, violencia obstétrica y gestión institucionalizada del embarazo, parto y posparto 17
Viviana Guerrero Chacón y Gabriela Arguedas Ramírez
2. El Estado de derecho frente a la autonomía de las mujeres y el aborto 53
Joaquín A. Mejía Rivera
3. Mujer, régimen económico y propiedad de la tierra en Panamá 83
Belquis Cecilia Sáez Nieto
4. Estereotipos de género hacia la madre adoptiva trabajadora 111
Héctor Oswaldo Samayoa Sosa
5. Jurisprudencia constitucional guatemalteca con perspectiva de género. 137
Angélica Yolanda Vásquez Girón

II. Migrantes y movilidad humana

6. Una aproximación a los migrantes en Guatemala 157
Larry Andrade-Abularach
7. Internados en el laberinto: El Salvador y su migración irregular 183
Mauricio Gaborit, Mario Zetino, Larissa Brioso y Juan José García
8. La Organización Internacional del Trabajo y el trabajador migrante en Panamá 245
Deika Nieto Villar
9. Contestar la hostilidad antinmigrante en Costa Rica. . . . 271
Carlos Sandoval García
10. Human Trafficking in the Caribbean and the Human Rights of Migrants 307
Elizabeth Thomas-Hope

III. Niñas, niños y adolescentes

11. El principio de no discriminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Una mirada desde la noción del niño como sujeto de derechos 327
Lisy Alina Jorge Méndez
12. Migración infantil irregular salvadoreña: reflexiones desde la psicología social. 355
Mauricio Gaborit, Carlos Iván Orellana y Rafael Orellana Sibrián
13. Gender and Child Rights in Jamaica: A Gender Perspective 431
Aldrie Henry-Lee
14. La utopía de la reinserción social en el derecho penal juvenil salvadoreño 457
Fernando Molina Castro

Prólogo

Este libro forma parte del proyecto de investigación "Envejecimiento en América Central y las Antillas Mayores en el siglo XXI. Aspectos sociodemográficos, de economía política y de derechos humanos" financiado por la Universidad Nacional Autónoma de México a través del proyecto PAPIIT IA300117 y realizado en el Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe (CIALC) de la UNAM bajo mi coordinación.

El estudio de las personas mayores en la subregión de Centroamérica y el Caribe desde la perspectiva de los derechos humanos, abrió dos puertas que finalmente se concretaron en la convocatoria lanzada a los autores que participan en este libro: por una parte, la necesidad de identificar de la manera más incluyente posible todos los grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que han sido sujeto de estudio por los especialistas regionales y subregionales; y por otra parte, las visiones plurales y las perspectivas internacionales sobre las problemáticas que enfrentan determinados grupos vulnerables en diferentes países de la subregión.

Siguiendo estos objetivos, esta obra se divide en dos tomos. El primer tomo aborda tres grupos vulnerables: mujeres, migrantes y niños y adolescentes. El capítulo *Derechos de la mujer y perspectiva de género* está integrado por las investigaciones "Poder obstétrico en Costa Rica: políticas públicas, violencia obstétrica y gestión ins-

titucionalizada del embarazo, parto y posparto" de la pluma de las costarricenses Viviana Guerrero Chacón y Gabriela Arguedas Ramírez; "El Estado de derecho frente a la autonomía de las mujeres y el aborto" del hispano-hondureño Joaquín A. Mejía Rivera; "Mujer, régimen económico y propiedad de la tierra en Panamá" de la panameña Belquis Cecilia Sáez Nieto; "Estereotipos de género hacia la madre adoptiva trabajadora" del guatemalteco Héctor Oswaldo Samayoa Sosa; y "Jurisprudencia constitucional guatemalteca con perspectiva de género", autoría de la guatemalteca Angélica Yolanda Vásquez Girón.

El capítulo dedicado a *Migrantes y movilidad humana* se compone de los trabajos de investigación "Una aproximación a los migrantes en Guatemala" cuyo autor es el guatemalteco Larry Andrade-Abularach; "Internados en el laberinto: El Salvador y su migración irregular" de los salvadoreños Mauricio Gaborit, Mario Zetino, Larissa Brioso y Juan José García; "La Organización Internacional del Trabajo y el trabajador migrante en Panamá" de la panameña Deika Nieto Villar; "Contestar la hostilidad antinmigrante en Costa Rica" del costarricense Carlos Sandoval García; y "Human Trafficking in the Caribbean and the Human Rights of Migrants", escrito por la jamaiquina Elizabeth Thomas-Hope.

El capítulo *Niñas, niños y adolescentes* se integra por las investigaciones "El principio de no discriminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Una mirada desde la noción del niño como sujeto de derechos", autoría de la cubana Lisy Alina Jorge Méndez; "Migración infantil irregular salvadoreña: reflexiones desde la psicología social" de los salvadoreños Mauricio Gaborit, Carlos Iván Orellana y Rafael Orellana Sibrián; "Gender and Child Rights in Jamaica: A Gender Perspective" de Aldrie Henry-Lee; "La utopía de la reinserción social en el derecho penal juvenil salvadoreño" de la pluma del salvadoreño Fernando Molina Castro.

Por su parte, el tomo II aborda cuatro grupos vulnerables: personas mayores, personas víctimas de desplazamiento forzado, personas con discapacidad, personas defensoras de derechos humanos, además de pueblos indígenas, entre otros.

El capítulo *Personas mayores* está integrado por las investigaciones "Poder económico y discriminación etaria: la tutela del adulto mayor como derecho humano emergente" del autor costarricense Gilberto Armijo; "De los estándares internacionales a las normatividades nacionales. El derecho a la salud de las personas mayores" de la hispano-mexicana Aída Díaz-Tendero Bollain, que escribe estas líneas; y "Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad" de la cubana Joanna Pereira.

El capítulo *Personas víctimas de desplazamiento forzado* se compone de los trabajos de investigación "Desplazados climáticos" de las autoras salvadoreñas Cynthia Berenice Molina Rodríguez y Sofía Guadalupe Paniagua Meléndez; y "La protección de las personas desplazadas internas en El Salvador. Avances, desafíos y oportunidades" de la también salvadoreña Brenda Raquel Romero Arias.

El capítulo *Personas con discapacidad* está integrado por las investigaciones "La discapacidad desde un enfoque público y privado" de la autora cubana Caridad del Carmen Valdés Díaz; "La aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) por la Sala de los Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano" del también oriundo de la isla caribeña, Leonardo B. Pérez Gallardo.

Finalmente, el capítulo *Democracia, genocidio, pueblos indígenas y grupos vulnerables* se conforma de los trabajos de investigación "La defensa de los derechos humanos en Centroamérica: labor riesgosa en Estados que se resisten a proteger", de Marcia Aguiluz Soto y Luis Enrique Eguren; "La protección de las personas que pertenecen a grupos vulnerabilizados: especial referencia al ordena-

miento jurídico dominicano" del autor dominicano Hermógenes Bienvenido Acosta de los Santos; "Nicaragua. El desafío de la democracia frente al autoritarismo" de las plumas de los nicaragüenses Mario Sánchez, Loreley Osorio Mercado y Arnin Cortez; "En El Salvador sí hubo genocidio" de la salvadoreña Paula Cuéllar Cuéllar; y "Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un aporte para el Derecho internacional de los derechos humanos" del autor mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Este libro pretende contribuir a la comprensión panorámica y a la vez profunda del estadio de desarrollo en el que se encuentran la justiciabilidad, jurisprudencia y sociología jurídica de los derechos humanos de los grupos más vulnerables de la subregión de Centroamérica y el Caribe, que si bien suma 12% de la población regional, es por su heterogeneidad y diversidad, representativa de la aún más extensa región de América Latina y el Caribe.

Aída Díaz-Tendero
12 de agosto de 2019, Ciudad Universitaria

I. Derechos de la mujer y perspectiva de género

1. Poder obstétrico en Costa Rica: políticas públicas, violencia obstétrica y gestión institucionalizada del embarazo, parto y posparto

Viviana Guerrero Chacón
Gabriela Arguedas Ramírez

I. Introducción

Este artículo analiza los resultados de una investigación sobre las políticas públicas relativa a la atención sanitaria del embarazo, parto y postparto, y su relevancia para sancionar y erradicar la violencia obstétrica. El abordaje metodológico se resume de la siguiente forma:

Se recopilaron ochenta y cinco documentos relacionados con la atención en salud del embarazo y parto en Costa Rica. Estos documentos se agruparon de la siguiente forma:

- Textos de análisis de la problemática.
- Comunicados de prensa.
- Conferencias.
- Decretos ejecutivos.
- Documentos evaluativos.
- Informes.
- Documentos internacionales.

- Leyes.
- Manuales.
- Planes nacionales.
- Sesiones parlamentarias.
- Pronunciamientos de partidos políticos.
- Pronunciamientos institucionales.
- Reglamentos.
- Votos jurídicos.

Todos los documentos se refieren a la administración política 2014-2018. Luego del ordenamiento de los textos, se sistematizó la información que comprendió dos momentos: primero, se creó una base de datos en Excel, que permitiera visualizar la información a través de gráficos; esta base de datos posee las siguientes variables:

- Nombre del documento.
- Tipo de documento (según agrupación mencionada previamente).
- Entidad responsable (institución responsable del texto).
- Uso del término "violencia obstétrica" (si lo usa o no lo usa).
- Etapa del embarazo (ninguna en específico, todas entendidas como preconcepcional, embarazo, parto, puerperio, lactancia, sólo embarazo, sólo parto, embarazo y parto, y embarazo, parto y puerperio).
- Fase del ciclo de políticas públicas a la que se dirige (diagnóstico, formulación, implementación, y evaluación).
- Tipo de política pública (divulgación, analítico, propositivo, denuncia y sancionatorio).

El segundo momento implicó elaborar una matriz de información con aquellos textos que mencionaban directamente el término "violencia obstétrica". De los ochenta y cinco documentos

recopilados, en la matriz fueron utilizados un total de veintisiete textos. Esta matriz tuvo los siguientes indicadores:

- Nombre del texto.
- Institución responsable.
- Año del texto.
- Número de páginas.
- Tipo de texto.
- Diagnóstico de situación.
- Elementos administrativos institucionales (entidades de planificación y ejecución, gestión institucional).
- Elementos legales (marco jurídico, reformas legales).
- Elementos financieros y recursivos (inversión, recursos humanos, otros recursos).
- Elementos estratégicos (definición de política, marco ético-político, diagnóstico de situación, lineamientos generales, metas y objetivos específicos, estrategias de acción, indicadores, evaluación).
- Elementos ideológicos (derechos humanos, género, parto humanizado).
- Elementos técnicos médicos (personal médico, otro personal, protocolización).

El proceso de medicalización del parto puede registrarse desde la Edad Media, pero su desarrollo se acentúa en el siglo XVII en Francia, principalmente con el auge de la cirugía obstétrica. Esta impulsaba, por ejemplo, la posición de decúbito durante el parto, que no era una práctica habitual o tradicional en la atención del nacimiento.[1] Con la posición de decúbito se observa una gestuali-

[1] Gabriela Arguedas Ramírez, "La violencia obstétrica: propuesta conceptual a partir de la experiencia costarricense", *Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe*, vol. 11, núm. 1, enero-junio de 2014.

dad y una gestión corporal que marca la subordinación de la mujer gestante al médico. Esa obediencia debida al poder del saber médico sobre los cuerpos de las mujeres,[2] es el primer acto de violencia obstétrica que ha sido normalizado a lo largo de la historia de la atención médica del parto.

Ese ejercicio de violencia ha sido paulatinamente incorporado en el proceso de la medicalización, tecnificación, mecanización e impersonalidad de la atención en el proceso del embarazo, parto y posparto. La docilidad de las mujeres es la piedra angular para esa nueva forma de comprensión del parto, pues trae consigo, como apunta Arguedas,[3] una colonización de los cuerpos y procesos fisiológicos de las mujeres gestantes. La tecnificación del proceso de parto ha constituido un modelo médico hegemónico[4] que trata a las mujeres embarazadas como enfermas.

El ejercicio del poder obstétrico no reconoce a las mujeres como sujetos principales del proceso; en cambio, se pone al personal sanitario en el rol protagónico, el cual se apropia del proceso y reduce a las mujeres a un procedimiento médico y no la entiende como sujeto de derechos. Por ello, se habla de maternidades intervenidas,[5] cuando los procesos de embarazo, parto y posparto son regulados y controlados por el poder hegemónico médico. Éste determina las prácticas correctas y los parámetros de normalidad legitimados, a su vez, por el Estado y el prestigio social.

[2] *Ibid*.

[3] *Ibid*.

[4] Alejandra Aguirre *et al*., "La atención del parto: poder, derechos, violencia", *Revista Salud Quintana Roo*, año 6, núm. 25, julio-septiembre de 2013.

[5] Laura Belli, "La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos", *Revista Redbioética*, año 4, vol. 1, núm. 7, enero-junio de 2013, pp. 25-34.

La patologización del embarazo y del parto y el enfoque biomédico del saber[6] crean mujeres fragmentadas, cosificadas, despojadas de autonomía y víctimas de violencia obstétrica. Respecto a este asunto, los Estados, las universidades, la industria farmacéutica, las instituciones y el personal sanitario deberían tomar acciones y decisiones que disminuyan e incluso erradiquen las prácticas de violencia simbólica, física y psicológica, así como lo han hecho organizaciones de mujeres y entidades internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y Estados como el de Venezuela, Argentina y México. Por consiguiente, este artículo pretende evidenciar la situación actual de la toma de decisiones médicas obstétricas en Costa Rica, con énfasis en las políticas públicas de los gobiernos, la legalidad y la gestión institucional que atienden el embarazo, parto y posparto.

Además, existen retos en las situaciones novedosas para la atención sanitaria, como la violencia intrafamiliar, la obesidad, el consumo de drogas;[7] también existen retos asociados a la exigencia de un mejor trato a los pacientes, el derecho a la muerte digna, la autonomía de los pacientes y temas de derechos sexuales y derechos reproductivos problemáticos como la fertilización *in vitro*, el aborto terapéutico y diversos temas relacionados con la salud materna, como el embarazo en adolescentes, la pertinencia cultural en comunidades indígenas, la muerte materna prevenible o la violencia obstétrica.

[6] Mónica Solís, "Género y salud: equidad de género en la calidad de atención durante el embarazo y parto en hospitales públicos y centros privados de la Ciudad de Buenos Aires", *V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XX Jornadas de Investigación, Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur*, Buenos Aires, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, 2013.

[7] Ministerio de Salud, *Análisis de situación de salud*, Costa Rica, 2014.

II. Precisiones teóricas y metodológicas sobre el análisis de políticas públicas de violencia obstétrica

Para el desarrollo y comprensión de problema en estudio, es necesario aclarar tanto las conceptualizaciones teóricas como las precisiones metodológicas. Por política pública se entiende "la decisión (en este caso, del gobierno) que desarrolla determinada acción orientada a resolver problemas públicos relevantes. Incluye la toma de decisiones, su formulación, desarrollo y evaluación".[8] Esa decisión implica un proceso orientado por la entidad responsable, en el cual, primeramente, se define, a través de un diálogo abierto, el problema a ser tratado, si el problema es de interés público y sus distintos niveles de atención; segundo los mecanismos de inserción del problema en la agenda pública; tercero, una definición estratégica sobre cómo trabajar el problema, que determine acciones, objetivos y metas; cuarto, los mecanismos de implementación de lo planificado y, finalmente, un modelo de gestión donde se expliciten las responsabilidades y componentes de evaluación, entre otros.[9] Estas etapas han sido llamadas también "ciclo de las políticas públicas".

Por otro lado, Arguedas define el "poder obstétrico" de la siguiente manera:

> Esa forma de poder disciplinario enmarcado dentro del ámbito de la capacidad reproductiva de las mujeres y, por lo tanto, se ejerce en un territorio género-específico: los cuerpos que pueden embarazarse y parir. La microfísica del poder que se hace presente en este ejercicio produce unos cuerpos dóciles y sexuados; son los cuerpos que, en

[8] Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica. Área de Análisis del Desarrollo, *Guía para la elaboración de políticas públicas*, San José, Mideplan, 2016, p. 6.

[9] *Ibid*.

> la estructura social del patriarcado, requieren de un disciplinamiento particular para encauzar la economía de la reproducción, para lo cual ese poder obstétrico dispone de ciertas tecnologías disciplinarias. […] La vigilancia, la observación minuciosa, la documentación estadística que determina las curvas de normalidad y las técnicas para la administración médico-jurídica del embarazo y el parto son parte de los mecanismos de control y generadores del poder obstétrico.[10] Una de las manifestaciones concretas del ejercicio del poder obstétrico es la violencia obstétrica.[11]

Ese tipo de violencia es concebido como:

> Toda conducta, acción u omisión, realizada por personal de la salud que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, afecte el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales.[12]

Esta forma de violencia contra las mujeres tiene múltiples manifestaciones, como por ejemplo la violencia física, psicológica, institucional, infraestructural y hasta simbólica que se expresan en actos como los mencionados a continuación:

> Regaños, burlas, ironías, insultos, amenazas, humillaciones, manipulación de la información y negación al tratamiento, sin referir a otros servicios para recibir asistencia oportuna, aplazamiento de la atención médica urgente, indiferencia frente a sus solicitudes o reclamos, no consultarlas o informarlas sobre las decisiones que se van tomando en el curso del trabajo de parto, utilizarlas como recurso didáctico sin

[10] Arguedas Ramírez, "La violencia obstétrica: propuesta conceptual a partir de la experiencia costarricense", *cit.*, 2014, p. 153.

[11] *Ibid.*

[12] Aguirre *et al.*, *op. cit.*, p. 23.

> ningún respeto a su dignidad humana, el manejo del dolor durante el trabajo de parto, como castigo y la coacción para obtener su "consentimiento", hasta formas en las que es posible constatar que se ha causado daño deliberado a la salud de la afectada, o bien que se ha incurrido en una violación aún más grave de sus derechos.[13]

En razón de lo grave que es el problema de la violencia obstétrica varios organismos internacionales de salud como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Organización Mundial de la Salud (OMS), Médicos del Mundo, distintas universidades en el ámbito internacional, las defensorías del pueblo o de los habitantes de varios países latinoamericanos, e incluso ciertos Estados como Argentina y Venezuela, se han pronunciado denunciando el aumento de los casos reportados. La OMS, al respecto, afirma que:

> Todas las mujeres tienen derecho a recibir el más alto nivel de cuidados en salud, que incluye el derecho a una atención digna y respetuosa en el embarazo y en el parto, y el derecho a no sufrir violencia ni discriminación. El maltrato, la negligencia o la falta de respeto en el parto pueden constituirse en una violación de los derechos humanos fundamentales de las mujeres, descritos en las normas y los principios internacionales de derechos humanos.[14]

En Costa Rica, la cobertura de la atención prenatal y de la atención médica del parto, a través del sistema público de salud, es alta. El 93.9% de los partos se atiende en los hospitales nacionales,

[13] Luis Alberto Villanueva-Egan, "El maltrato en las salas de parto: reflexiones de un gineco-obstetra", *Conamed*, vol. 15, núm. 3, julio-septiembre de 2010, p. 148.

[14] Organización Mundial de la Salud, *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud*, 2014, p. 1.

más un 5.2%, que se atiende en el sector privado.[15] Sin embargo, si bien la atención institucional del embarazo y del parto contribuyen a mantener baja la tasa de mortalidad materno-infantil, la Caja Costarricense del Seguro Social y el Ministerio de Salud no ofrecen datos actualizados y confiables acerca de la morbilidad materna o de las consecuencias psicológicas y físicas que tienen sobre las mujeres las prácticas que constituyen violencia obstétrica. Además, aunque la tasa de mortalidad materna en Costa Rica es baja: "la mortalidad materna se considera un problema de salud pública dado que, si bien se han logrado disminuciones importantes en los últimos veinte años, de acuerdo con los análisis realizados por el Ministerio de Salud, se indica que el ochenta por ciento de dichas muertes son prevenibles".[16]

Como explica Arguedas:

> El ejercicio del poder obstétrico sobre los cuerpos gestantes tiene un objetivo disciplinario vinculado con la estructura de relaciones de poder dentro del modelo patriarcal de sociedad, pero ese ejercicio varía según otras características de los cuerpos gestantes, además del género. La racialización de esos cuerpos, el lugar etáreo donde son colocados esos cuerpos desde la mirada de quien ocupa un lugar privilegiado con relación a ese cuerpo gestante, dentro de la institución sanitaria (si es percibido como joven o muy viejo), la clase, el estatus migratorio, profundizan la vulnerabilidad y también el ensañamiento con el que se ejerce ese poder obstétrico.[17]

[15] Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, "Costa Rica: objetivos de desarrollo del milenio, II Informe País 2010", San José, Naciones Unidas, 2010, p. 95.

[16] Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Mortalidad materna y su evolución reciente 2014*, p. 7.

[17] Gabriela Arguedas Ramírez, "Reflexiones sobre el saber/poder obstétrico, la epistemología feminista y el feminismo descolonial, a partir de una investigación sobre la violencia obstétrica en Costa Rica", *Revista Solar de Filosofía Latinoamericana*, vol. 12, año 12, p. 71.

Por ello, una política pública efectiva para combatir la violencia obstétrica debe superar la aspiración de un acceso universal a los servicios de salud y llegar al aseguramiento de la universalidad de la calidad en el servicio, desde una perspectiva interseccional. Evitar toda muerte materna no implica una autorización para el trato deshumanizado y violento. Una adecuada gestión institucional del embarazo, parto y posparto deben partir del "reconocimiento de la condición plurinacional, intercultural, pluricultural y multiétnica del país, con la finalidad de mejorar la atención en pre-parto, parto y posparto de las mujeres y los recién nacidos, adaptando los servicios a las necesidades individuales, costumbres y tradiciones culturales de la población".[18]

III. La gestión institucional del embarazo, parto y posparto

Costa Rica tiene índices de salud comparables con los de países desarrollados.[19] La Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), fundada en 1941, es la entidad responsable de garantizar el derecho humano y constitucional de la salud mediante un sistema solidario tripartito en el cual tanto el Estado como los patronos y los trabajadores aportan recursos al seguro social.[20]

Este esquema contributivo ha permitido obtener logros importantes en salud como la universalización del seguro social (a partir de 1961), una tasa bruta de mortalidad de 3.8 muertes por cada mil habitantes, una esperanza de vida al nacer de 78.3 años[21] la

[18] Belli, *op. cit.*, 2013, p. 28.

[19] Ministerio de Salud, *Análisis de situación de salud*, Costa Rica, 2014.

[20] Rocío Sáenz *et al.*, "Sistema de Salud de Costa Rica", *Salud Pública de México*, vol. 53, suplemento 2, 2011.

[21] Organización Panamericana de la Salud, "Perfil del Sistema de Salud de Costa Rica", 2009.

creación de un sistema de atención clínica basado en atención primaria a través de los Equipos Básicos de Atención Integral de la Salud (EBAIS), luego un segundo nivel compuesto por clínicas, hospitales periféricos y hospitales regionales, y un tercer nivel de atención que brinda un servicio especializado de alta complejidad y tecnologización.[22]

Aun así, persisten retos en materia de salud pública como la calidad y accesibilidad de los servicios, que no es equitativa, pues existen zonas donde la atención es deficiente.

Para brindar una atención de la salud materna, el Estado costarricense ha realizado numerosos esfuerzos. Destaca entre ellos la creación de la primera casa de maternidad en 1890 por parte de Adolfo Carit; a partir de 1922, a este centro se le denomina "Maternidad Carit".[23] En 1937 se creó la consulta prenatal atendida por enfermeras obstétricas. Con la creación de la CCSS en 1941, se creó también, aunque de manera limitada, el seguro de enfermedad y maternidad, pero el principal crecimiento de la atención se dio a partir de la segunda mitad del siglo XX, con la apertura de servicios neonatales en el Hospital San Juan de Dios en 1952, el aumento de camas de obstetricia en el Hospital México en 1969, la primera Unidad de Medicina Materno-fetal en el Hospital Max Peralta en 1980, la Unidad de Medicina Materno-fetal en el Hospital Calderón Guardia en 1985 y la creación del posgrado en Medicina Materno-fetal en 1994.[24]

En 1998, la preocupación en la CCSS por la mortalidad materno-infantil impulsó la organización de un Sistema Nacional de Análisis de Mortalidad Infantil (SINAMI) y en 1999 inicia funciones el Sistema Nacional de Evaluación de la Mortalidad Materna (SNEM), el cual se encarga de la caracterización, seguimiento

[22] Sáenz *et al.*, *op. cit.*, 2011.

[23] OPS, 2003 citado en A. Morice *et al.*, *Buenas prácticas de maternidad segura*, San José, Ministerio de Salud/Organización Panamericana de la Salud, 2011.

[24] *Ibid.*

y evaluación de la atención de la salud materna. "Para finales de siglo, la preocupación a nivel internacional por la salud materna e infantil, evidenciada en la declaración conjunta 'Por una Maternidad Segura' en 1999 por la OMS, UNICEF, UNFPA y el Banco Mundial y las Metas del Milenio, determina las acciones que a nivel nacional se generan".[25]

Después del cambio del siglo, el país firmó varios compromisos internacionales sobre salud materna y promovió varios planes y estrategias para la consecución de esos compromisos:

> De esta manera es que actualmente, el sistema de atención en salud costarricense cuenta en el primer nivel con aproximadamente 992 EBAIS, 113 clínicas tipo I y II con las cuatro especialidades básicas; en el segundo nivel con 7 hospitales regionales, 13 periféricos, 38 clínicas tipo 3 y 4, con subespecialidades; y en el tercer nivel con 3 hospitales nacionales generales y 6 hospitales nacionales especializados.[26]

En la actualidad, según datos de la CCSS, "se cuenta con 24 maternidades ubicadas en hospitales y tres maternidades en Centros Integrales de Atención en Salud para un total de 27 maternidades en todo el país".[27] Esta cobertura implica que, para 2014, ya se ofreciera control en el primer nivel de atención a un 91% de las mujeres en el embarazo y 78% en el posparto. Este control es parte de los derechos de las mujeres gestantes en Costa Rica que, como se dijo previamente, están amparados tanto en normativas internacionales como nacionales. Por ejemplo, el artículo 12 de la Ley General de Salud expresa: "Toda madre gestante tiene derecho a los servicios de información materno-infantil, al control médico

[25] Plan Estratégico Nacional para una Maternidad e Infancia Saludable y Segura, 2006-2015, citado en Morice *et al*., 2011, p. 13.

[26] *Ibid*., p. 15.

[27] Caja Costarricense del Seguro Social, *Acciones para la mejora continua en la atención a la mujer durante el embarazo, parto y postparto*, 2016, p. 9.

durante su embarazo, a la atención médica del parto y a recibir alimentos para completar su dieta, o la del niño, durante el periodo de lactancia".[28]

Además del marco legal, existen políticas y normativas que pretenden regular la prestación del servicio, como por ejemplo la *Norma Oficial de Atención Integral a las Mujeres Embarazadas de Bajo Riesgo Obstétrico*, la *Política Nacional de Salud*, la *Política Nacional de Sexualidad* o la *Guía de Atención Integral a las Mujeres, Niños y Niñas en el periodo prenatal, parto y posparto* (en adelante *Guía*). Estas normativas y políticas exigen un compromiso máximo no sólo con la cobertura, sino también con la calidad, universalidad y accesibilidad de los servicios por parte de los prestatarios de la salud.

A pesar del crecimiento en la cobertura, de la baja tasa de mortalidad materna, de la alta cantidad de partos institucionales y otros logros sociales, no existe en el país una ley o política específica para la atención del embarazo, parto y posparto. Aunado a esto, algunas de las normativas existentes —por ejemplo, la *Guía*— no se cumplen a cabalidad o se cumplen sin rigurosidad o vigilancia institucional, como se comprobará más adelante. La falta de normativa ha sido señalada por organismos internacionales como el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESCVI), que señala lo siguiente respecto a Costa Rica:

> No existe un marco jurídico para la protección de los derechos sexuales y reproductivos; […] por tanto, no existe regulación sobre malas praxis que impiden a las mujeres la atención adecuada de su salud sexual y reproductiva, despenalización del aborto por violación, la penalización de la violencia obstétrica y de la esterilización forzada, así como de la inseminación artificial no consentida.[29]

[28] Asamblea Legislativa, *Ley General de Salud*, 1974.

[29] Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará, Primera Conferencia Extraordinaria de los Estados Parte de la Convención de Belém do

La falta de rigurosidad normativa e institucional ha sido señalada también por organismos nacionales, como el Instituto Nacional de las Mujeres, los cuales señalan que esos desaciertos han provocado:

> Nudos críticos que obstaculizan el derecho de las mujeres para acceder, sin discriminación alguna, a servicios de información y atención que, de manera oportuna, inclusiva, accesible, moderna y basada en evidencia científica, les permitan tomar decisiones libres e informadas en el ejercicio de su salud reproductiva (SR). Algunas de las principales debilidades que han sido identificadas en esta materia son:
>
> - Una atención a la SR que no contempla las especificidades de la población y que no cuenta con instrumentos diferenciados que den respuesta.
> - Mujeres como objetos pasivos de la atención de la SR en general y de la atención del parto en particular […].
> - Ausencia de promoción del derecho a un embarazo y maternidad libre, segura y voluntaria.
> - Ausencia de corresponsabilidad en el proceso de gestación, parto, paternidad y cuido.
> - Ausencia de un enfoque integral para la atención integral en salud reproductiva orientada a la atención prenatal, parto, postparto, postaborto, climaterio, y menopausia […].
> - Falta de normativa institucional, procedimientos y protocolos que garanticen el ejercicio de la maternidad y paternidad a las personas con discapacidad.[30]

Pará. Costa Rica, Informe de implementación de las Recomencaciones del CEVI. Segunda Ronda, México, 2014, p. 4.

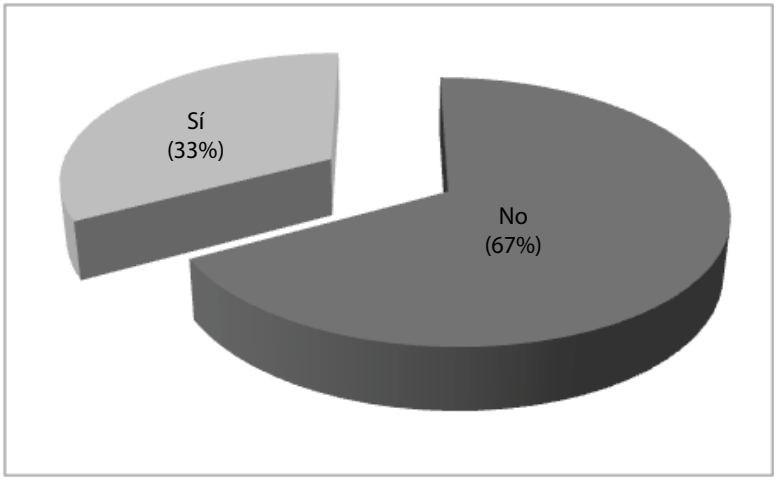
[30] Instituto Nacional de las Mujeres, *Segundo estado de los derechos de las mujeres en Costa Rica*, San José, Instituto Nacional de las Mujeres, 2015.

IV. Políticas públicas en torno a la violencia obstétrica en Costa Rica

Con base en el análisis de los documentos institucionales relacionados con la atención de la salud materna, se puede afirmar que en Costa Rica aún no se ha tomado la decisión política de enfrentar este problema. Se está en una etapa inicial de construcción de la agenda político-institucional sobre el tema. Sin embargo, ya que en otros países de América Latina este proceso empezó hace más de diez años y que Costa Rica figura como un país altamente desarrollado en temas de salud, resulta evidente que esa construcción de política pública sobre la violencia obstétrica ha llegado tarde.

La construcción de la base de datos en Excel permite determinar las siguientes características de los documentos analizados. Los documentos que mencionan o utilizan el término "violencia obstétrica" están distribuidos de la siguiente manera:

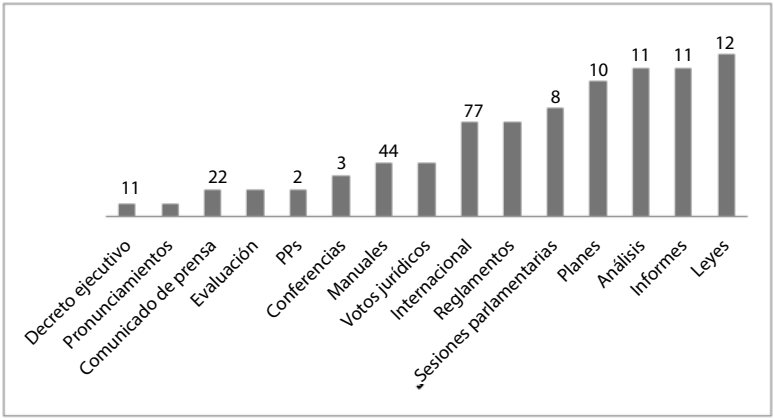
Gráfica 1. Uso del término "violencia obstétrica"



Fuente: elaboración propia con base en la recopilación presentada en la "Introducción".

Lo anterior quiere decir que la gran mayoría de documentos de política pública relacionados con los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres no menciona el término en su contenido, invisibilizando así la problemática. En cuanto al tipo de documentos analizados, los mismos corresponden a:

Gráfica 2. Tipo de documento



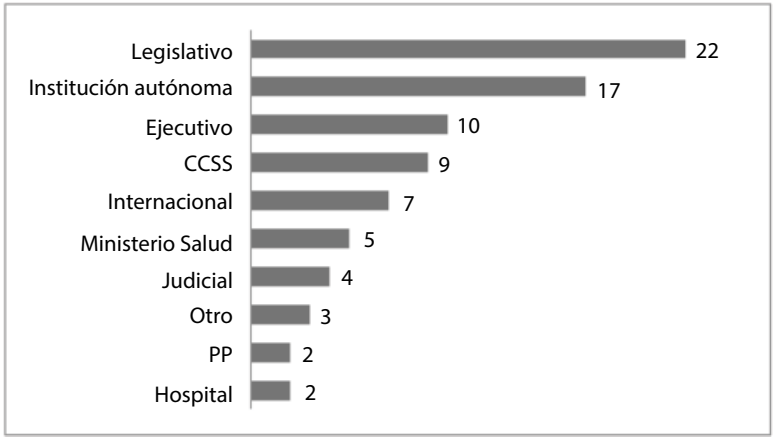
Fuente: elaboración propia con base en la recopilación presentada en la "Introducción".

Este gráfico expresa que, de los documentos analizados, la mayoría corresponde a leyes o proyectos de ley, informes, escritos analíticos o sesiones parlamentarias, lo cual evidencia una fuerte presencia de documentos legislativos y poca presencia de documentos del Poder Ejecutivo. La presencia de este poder no se visibiliza a través de decretos ejecutivos, sino en informes, pronunciamientos o comunicados de prensa. De esta información se desprende que el Poder Legislativo, hasta 2016, realizaba una labor combinada entre el análisis (sesiones parlamentarias) y la propuesta (leyes o

proyectos), mientras que el Poder Ejecutivo, hasta 2016, realizaba una labor de presencia pública y análisis, más que de toma de decisiones.

Lo anterior también se refleja en la autoría de los documentos. La distribución de entidades responsables de los textos es la siguiente:

Gráfica 3. Entidad responsable

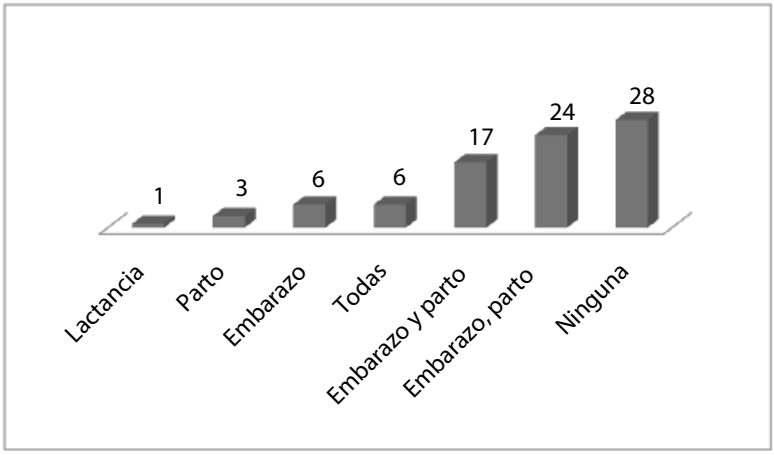


Fuente: elaboración propia con base en la recopilación presentada en la "Introducción".

Como demuestra la gráfica, la mayoría de los documentos (22) son elaborados por el Poder Legislativo. Diecisiete de ellos son elaborados por alguna de las instituciones autónomas, donde existe además poca presencia de los hospitales, los partidos políticos (PP) y el Poder Judicial. Como se dijo previamente, la comparación entre poderes (suponiendo que las políticas públicas se hacen mayoritariamente entre ellos) demuestra un interés mayor por parte de la Asamblea Legislativa, lo cual duplica lo producido por el Ejecutivo y triplica lo producido en el Judicial.

Con respecto a los contenidos de los documentos, la base de datos analizó la etapa reproductiva a la que se dirige, la fase y tipo de política pública que contienen los mismos. En cuanto a la etapa del proceso reproductivo de la cual hablan los textos, los resultados son los siguientes:

Gráfica 4. Etapa reproductiva a la que se dirige el documento

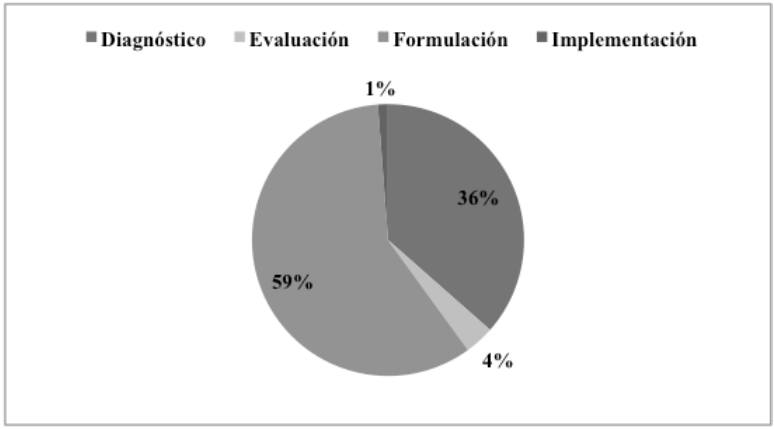


Fuente: elaboración propia con base en la recopilación presentada en la "Introducción".

Como puede verse, 28 textos no se dirigen a ninguna etapa específica, 24 se dirigen al embarazo, parto y puerperio, y 17 al embarazo y parto, todo lo cual quiere decir que en muchos textos se habla de la maternidad y la reproducción en un sentido amplio. Además, hay muchos documentos remitentes a embarazo y parto, principalmente, y se descuidan nociones más integrales del proceso reproductivo, como la lactancia o la etapa preconcepcional. Esto deja ver que los instrumentos de política sobre salud sexual y salud reproductiva en Costa Rica son altamente tradicionales.

En cuanto a la fase de las políticas según Mideplan,[31] los documentos se distribuyen de la siguiente manera:

Gráfica 5. Fase de las políticas públicas



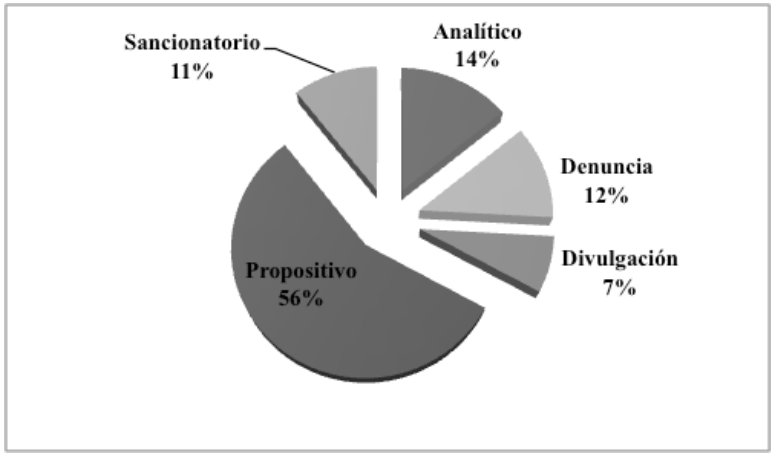
Fuente: elaboración propia con base en la recopilación presentada en la "Introducción".

La gráfica 5 muestra lo dicho previamente: Costa Rica está en un proceso de construcción de la "violencia obstétrica" como un problema de la agenda pública de salud, ya que la mayoría de documentos se refieren a la fase de formulación (con un 59%) o a la fase de diagnóstico (36%) y apenas un 5% se refiere a la implementación o evaluación de la toma de decisiones públicas. Lo anterior hace que la política pública sobre violencia obstétrica apenas esté en sus primeros pasos en 2016.

Finalmente, en cuanto al tipo de contenido al cual se refiere en la política, se obtienen los siguientes datos:

[31] Mideplan, 2016.

Gráfica 6. Tipo de política pública



Fuente: elaboración propia con base en la recopilación presentada en la "Introducción".

La gráfica 6 evidencia que la mayoría de los documentos es propositiva; es decir, que el interés es presentar soluciones para la problemática, pero no se concretan las propuestas en un proceso de toma de decisiones estatal. Aunque el Estado tiene la capacidad para enfrentar el problema, las propuestas no se cristalizan en leyes, decretos o reglamentos u otro tipo de normativa que se dirija a prevenir o sancionar la violencia obstétrica.

Son muy pocos los documentos que hacen referencia a posibles sanciones (sólo 11%) y de igual forma, son escasos los documentos que tienen como objetivo la divulgación pública acerca del problema (apenas el 7%). Estos datos pueden interpretarse como una muestra del poco interés combatir la impunidad de las actuaciones médicas, o de los responsables administrativos y políticos que producen hechos de violencia obstétrica. Tampoco es patente un compromiso institucional con la necesidad de divulgar y educar a

la población acerca del problema de la violencia obstétrica y de sus posibles soluciones. La denuncia pública y el impulso al debate nacional sobre la violencia obstétrica han sido tareas realizadas por las organizaciones de mujeres y por los centros de investigación universitarios, como el CIEM de la UCR.

De los documentos analizados a través de la matriz de información previamente explicada, los elementos relativos al diagnóstico de situación que es preciso destacar son: elementos administrativos e institucionales, elementos legales, elementos financieros y recursivos, elementos estratégicos, elementos ideológicos y elementos técnicos médicos.

Sobre los elementos administrativos e institucionales, el diagnóstico arroja que, a pesar de los números favorables de Costa Rica respecto de otros países del istmo centroamericano en cuanto a la salud materno-infantil, existen evidentes deficiencias en la atención del embarazo y el parto. Existe poca intervención de instituciones rectoras como el Ministerio de Salud, a pesar de que los tomadores de decisiones dentro de la institución conocen la existencia y la gravedad de la violencia obstétrica, tal y como lo evidencia un comunicado de prensa de la Presidencia de la República titulado *CCSS procura erradicar violencia obstétrica y negligencia médica*.[32]

La Defensoría de los Habitantes ha indicado, con base en las denuncias que ha recibido[33], que:

[32] Presidencia de la República, *CCSS procura erradicar violencia obstétrica y negligencia médica*, 2015.

[33] La Defensoría ha recibido "denuncias y comentarios vía telefónica, correo electrónico y redes sociales provenientes de mujeres que indican haber sido víctimas de violencia obstétrica durante el parto, razón por la cual la institución continuará brindado seguimiento a las situaciones evidenciadas y que 'erróneamente' han sido consideradas como normales y que son olvidadas una vez que la madre recibe en brazos a su bebé". Defensoría de los Habitantes, *Informe anual de labores, 2014-2015*, 2015, p. 148.

> La práctica de cesáreas existiendo condiciones para el parto vaginal; así como la violación del derecho que les asiste a las mujeres embarazadas a estar acompañadas, antes, durante y después del parto. Constituye también la no disposición de equipamiento, personal médico y de enfermería o cualquier elemento que pongan en riesgo la vida y la salud de las mujeres y de sus hijos e hijas.[34]

Con base en los informes, investigaciones previas y denuncias presentadas por las mujeres víctimas, es obvia la necesidad de construir una política pública en salud materna que responda coherentemente a los compromisos internacionales, los derechos humanos y los derechos constitucionales de las mujeres. El *Informe Investigación sobre la violencia obstétrica que sufren las mujeres en los hospitales de nuestro país* asevera que es evidente "la inexistencia en Costa Rica de una política pública para prevenir, sancionar y erradicar la violencia obstétrica [y que] ni el personal de los centros médicos públicos, ni los estudiantes de ciencias de la salud reciben capacitación en Derechos Humanos (DH) con perspectiva de género".[35]

Como se dijo previamente, en efecto, en el país no existe una política pública específica para atender la violencia obstétrica, ni ley o reglamento que lo haga. La única jurisprudencia existente hasta el momento proviene de la Sentencia 03354-2015 de la Sala Constitucional, la cual establece que:

> La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, lo que modernamente se ha denominado el derecho contra la 'violencia obstétrica' como una forma de violencia de género y, en general, de violación a los derechos humanos. Como se ha señalado, aunque el concepto de violencia obstétrica es muy reciente, este hace referencia

[34] Defensoría de los Habitantes, *La violencia obstétrica en Costa Rica*, 2014, p. 9.

[35] Asamblea Legislativa, *Investigación sobre la violencia obstétrica que sufren las mujeres en nuestro país*, 2016, pp. 19-20.

> a un conjunto de prácticas que degrada, intimida y oprime a las mujeres y a las niñas en el ámbito de la atención en salud reproductiva y, de manera mucho más intensa, en el periodo del embarazo, parto y postparto.[36]

Sobre los elementos administrativos-institucionales, los documentos apuntan a la necesidad de un mayor y mejor uso de la *Guía*, de la aplicación de sanciones por incumplimiento, de una mejor coordinación entre hospitales, mejoras en el equipamiento médico, adecuación de la infraestructura para que permita el acompañamiento y privacidad en todos los procesos de atención sanitaria del embarazo y del parto. A su vez, es necesaria una efectiva atención de las quejas recibidas por las Contralorías de Servicios de la CCSS y que, cuando sea necesario, se utilicen los mecanismos del Centro para la Instrucción del Procedimiento Disciplinario (CIPA) de la CCSS para sancionar a quienes incurran en faltas[37] o, en su defecto, que se mejoren los mecanismos para elevar a nivel judicial las denuncias que la institución no sea capaz de resolver o que por su gravedad requieran acciones penales.

Frente a estas falencias denunciadas por esas y otras instituciones, la CCSS reacciona con el documento *Acciones para la mejora continua en la atención de la mujer durante el embarazo, parto y posparto* (en adelante *Acciones*). En ese documento se exponen las labores que la institución está poniendo en marcha para mejorar la calidad de la atención y se destaca la producción de campañas de sensibilización y divulgación de los derechos de las usuarias de los servicios, la constitución de una comisión de alto nivel que analizó la situación de todas las maternidades del país, la creación de un nuevo documento titulado *Instrumento de lista de verificación para la atención calificada de la labor de parto y el posparto inmediato*, la disposi-

[36] Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, *Sentencia 03354*, 2015.
[37] Defensoría de los Habitantes, *op. cit.*, 2015.

ción de distintos lineamientos técnicos de atención, y la actualización de formularios institucionales de rigor. También se menciona la construcción de Centros de Atención Integral en Salud (CAIS) en Desamparados y Siquirres, el nombramiento de una Comisión para la Atención Calificada del Parto, así como lo que ha sido llamado en el documento como *Innovaciones creativas de las maternidades y del equipo*, que hacen referencia a "modelos de atención humanizada en sala de labor y parto, clínicas de lactancia materna y desarrollo, sillas de partos y esferas, *Proyecto Ángeles: padres y madres, duelo perinatal*, acompañamiento continúo, paleta de hielo para la mujer en labor de parto".[38]

Sobre los elementos legales, ya se mencionó la necesidad de elaborar políticas públicas rigurosas que permitan controlar la calidad de la atención en el embarazo y parto y que cumplan con las observaciones de los organismos internacionales; la exigencia de cumplimiento obligatorio de la *Guía*, con la implementación de las correspondientes sanciones. Al respecto, es pertinente traer a colación las declaraciones de la diputada del periodo 2014-2018 Maureen Clarke, quien dijo: "Pese a la existencia de una guía de atención integral a las mujeres, niños y niñas en el periodo prenatal, parto y posparto que data de 2008, siete años después esa guía pareciera letra muerta".[39] De igual forma, es indispensable: "elaborar reglamentos que impongan sanciones a los funcionarios y funcionarias de salud que incurran en este tipo de violencia",[40] y "acreditar todos sus servicios de salud e instaurar una política continua de evaluación de resultados e implementación de procesos de mejoramiento de la calidad".[41]

[38] CCSS, *op. cit.*, 2016, p. 31.

[39] Asamblea Legislativa, *Acta de la sesión plenaria ordinaria núm. 38*, 2015a, pp. 16-17.

[40] M. Solano, "Violencia obstétrica", Conferencia ante la Asamblea Legislativa, 2015, p. 7.

[41] Academia Nacional de Medicina, 2015, p. 143.

La CCSS asegura que se elaboró un proceso de actualización de la *Guía* y nuevas normativas como el *Manual de Educación Perinatal para Mujeres Gestantes y sus Familias*, el *Lineamiento GM-S-7761-15*, dirigido a los Directores de los Hospitales, Maternidades, Clínicas Mayores y Centros de Atención Integral en Salud en atención a las recomendaciones de la Defensoría de los Habitantes, entre otros.[42] Sin embargo, no está disponible de manera pública ningún documento que rinda cuentas sobre la evaluación interna que da como resultado esa actualización y esas nuevas medidas.

En el plano jurídico, la respuesta de algunos sectores ha sido presentar un proyecto de ley para tipificar la violencia obstétrica como una contravención: *Proyecto de Ley 19537 Ley para Proteger a la Mujer Embarazada y Sancionar la Violencia Obstétrica*. Este constituye un elemento importante al ser el primer intento de sancionar esta forma de violencia, pero es insuficiente, pues, como lo asegura la diputada del periodo 2014-2018 Patricia Mora, el mismo

> puede ser omiso, […] hay que puntualizar más, qué se entiende por violencia obstétrica, en qué casos puntuales se está ante un caso de violencia obstétrica y, también, por eso las mociones que presentamos, también la necesidad de que se especifiquen más, cuáles son los derechos que las mujeres tenemos y que podemos reclamar, y que de no concedérsenos, se estaría ante un caso de violencia obstétrica.[43]

Con respecto a los elementos financieros encontramos muy poca información. Este dato indica que no se está cerca de la ejecución de las propuestas y compromisos, pues una planificación de los recursos es condición necesaria de la implementación. En los documentos se habla de una dotación de equipamiento, necesida-

[42] CCSS, *op. cit.*, 2016.

[43] Asamblea Legislativa, Acta sesión ordinaria núm. 10, Comisión Permanente de Asuntos Sociales, 2015b, p. 70.

des infraestructurales y de contratación, pero no se menciona el origen de los recursos que financiarán esos requerimientos.

El siguiente de los aspectos estudiados es la planificación estratégica, que conlleva la elaboración de una política pública. Las pocas menciones se relacionan con la necesidad de articular el trabajo interinstitucional, la construcción de mesas de diálogo y la continuación del trabajo para la reducción de las tasas de morbilidad y mortalidad materno-infantil,[44] pero no detallan cómo realizarán esas tareas ni hacen explícita la violencia obstétrica como un problema prioritario cuya solución que debe incluirse dentro de esas funciones.

Los elementos ideológicos muestran el marco desde el cual construyen los discursos institucionales sobre la violencia obstétrica. Encontramos tres tipos de documentos:

- Aquellos que incluyen un enfoque de género, que demuestran partir de una mirada crítica de las formas de poder que se ejercen en la atención médica y que manifiestan la necesidad de acabar con esta forma de violencia. Estos documentos utilizan el término de manera directa y fueron elaborados principalmente por la Defensoría de los Habitantes, el Inamu y la Comisión Permanente Especial de la Mujer de la Asamblea Legislativa.
- Un segundo grupo de documentos que, aunque afirma la existencia de la violencia obstétrica, utiliza un enfoque de humanización, calidez y calidad de la atención integral, en lugar de un enfoque de derechos humanos. Estos documentos fueron elaborados principalmente por la CCSS.
- El tercer grupo de textos es más pragmático. Sí se utiliza el término violencia obstétrica, pero no se especifica una visión ideológica determinada para encuadrar este problema.

[44] Ministerio de Salud, *Memoria institucional*, 2015.

> Estos documentos provienen de la Academia Nacional de Medicina, el Ministerio de Salud o el Poder Judicial.

A modo de ejemplo, se presentan algunas citas que ilustran los tres tipos de documentos. El primer tipo se ejemplifica con el Informe de la Comisión Permanente Especial de la Mujer de la Asamblea Legislativa 2014-2018, cuando en sus recomendaciones para la CCSS asegura que

> se mantienen algunas de la debilidades indicadas y se considera que las acciones de la CCSS, se enfocan únicamente en atender las necesidades que afectan la vida de la mujer en el estado de embarazo y el parto, reforzando los estereotipos sociales ideológicamente preconcebidos, olvidando la integralidad y particularidad de las condiciones verdaderas y reales que afectan la salud de las mujeres.[45]

Sobre el segundo tipo, la CCSS describe en *Acciones* que sus tareas sobre el tema son la

> atención de calidez [sic], calidad y sobre el reconocimiento y legitimación de la dignidad humana, el empoderamiento, la cobertura universal, un enfoque de salud integral, dentro de un continuo, la gobernanza, la cual se constituye en una herramienta para la construcción de alianzas, el reconocimiento de la interculturalidad y sobre todo de un desarrollo humano sostenible y solidario.[46]

En cuanto al tercer tipo, el pronunciamiento de la Academia Nacional de Medicina menciona:

[45] Asamblea Legislativa, *op. cit.*, 2016, p. 25.
[46] CCSS, 2016, p. 3.

> El trabajo médico debe enfocarse en brindar una atención profesional, salvaguardando los derechos de los pacientes en cuanto a su privacidad, intimidad, confidencialidad, atención pronta, oportuna y eficaz. Los proveedores de salud no pueden obviar este principio por difícil que sea lograrlo, ya que es bien sabido que hay muchos actores involucrados.[47]

Lo cierto es que, independientemente del enfoque ideológico, no hay una coincidencia real entre lo dicho y lo hecho. Prueba de lo anterior son las denuncias recibidas por los organismos anteriormente mencionados, pues reflejan que la violencia obstétrica no es sólo un problema de gestión institucional, sino también del paradigma con el que se entiende tanto a los cuerpos de las mujeres como sus derechos y su relación con el poder.

Finalmente, sobre los elementos técnicos médicos, hay una fuerte preponderancia hacia el tema del trato humanitario profesional-paciente, suponiendo que es de fundamental importancia la calidez en el alumbramiento, como lo afirma la CCSS.[48] Justamente en ese sentido es que la institución propone, en *Acciones*, procesos de capacitación al personal sanitario que le permita sensibilizarse sobre la atención integral de las mujeres embarazadas. Estos procesos incluyen cursos, talleres, cursos virtuales e incluso la puesta en práctica de una

> actividad de la sensibilización de los funcionarios hacia las mujeres gestantes mediante el uso de "pancitas", que son salveques con un peso de 2.5 Kg que los participantes deben utilizar durante los días que dure el taller, con el fin de obtener una retroalimentación de la

[47] Academia Nacional de Medicina, "Posición de la Academia Nacional de Medicina sobre el tema de violencia obstétrica", *Acta Médica Costarricense*, 2015, p. 143.

[48] Presidencia de la República, *CCSS procura erradicar violencia obstétrica y negligencia médica*, 2015.

> experiencia. Estas "pancitas" han sido financiadas por el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA) y, debido a la exitosa práctica, se tratará de replicarla en las capacitaciones a maternidades.[49]

Sin duda, aunque estas acciones de la CCSS son importantes, no son suficientes, pues a pesar de que las metodologías sean múltiples y pretendan ser novedosas, lo importante no es la forma, sino el contenido. Mientras el poder obstétrico como tal no sea el tema central del proceso de capacitación y mientras no se discuta la medicalización, la patologización del embarazo y del parto, las manifestaciones de la violencia obstétrica y las responsabilidades del personal sanitario en ella, así como las eventuales sanciones que puedan darse ante el incumplimiento de normativas, los procesos de capacitación serán infructuosos en cuanto al problema que se suscita con mucha frecuencia en todos los centros médicos del país.

V. Conclusiones y recomendaciones de política pública para la atención de la violencia obstétrica en Costa Rica

La violencia obstétrica existe en Costa Rica y tiene manifestaciones que coinciden en su definición: expresiones médicas, institucionales, sociales con repercusiones físicas, emocionales y sociales que violentan múltiples derechos humanos, sexuales y reproductivos de las mujeres y sus familias. Existe un interés manifiesto por parte de ciertos actores políticos, lo cual se evidencia en la propuesta de un proyecto de ley, las investigaciones de la Comisión Permanente Especial de la Mujer de la Asamblea Legislativa, el Congreso orga-

[49] Caja Costarricense del Seguro Social, A*cciones para la mejora continua en la atención de la mujer durante el embarazo, parto y posparto*, San José, Caja Costarricense del Seguro Social, 2016, p. 30.

nizado por la diputada del periodo 2014-2018 Nidia Jiménez, del Partido Acción Ciudadana, el trabajo realizado por la Defensoría de los Habitantes, el aprovechamiento del control político para la denuncia del tema por parte de varias fracciones legislativas del periodo 2014-2018 y otras acciones.

No obstante, al mismo tiempo, existe reticencia de los sectores médicos y sus jerarquías en reconocer que el problema existe y cuáles son sus responsabilidades al respecto. Lo anterior se demuestra en la negativa a llamar la violencia por su nombre, decir que es excepcional o percibida por las usuarias e insistir en sólo hablar del parto humanizado. Pese al punto anterior, existen profesionales de la salud que reconocen el problema, lo reflexionan y pretenden incidir en el cambio de mentalidad de los profesionales, tal y como lo refleja la participación de las investigadoras en procesos formativos de distintos grupos profesionales del área médica.

Los profesionales frecuentemente se suman a los procesos formativos; son motivados por sus propias experiencias en el ámbito hospitalario, las experiencias que han tenido en sus propios embarazos y partos o por la movilización social de los grupos de mujeres. Por eso, es relevante considerar lo fundamental de la participación, aportación, denuncia y lucha de las organizaciones de mujeres que, con su empoderamiento, lograron visibilizar el tema públicamente y tener incidencia en él.

Frente a estas conclusiones, se recomienda lo siguiente para elaborar una política pública que comprenda y combata la violencia obstétrica desde sus raíces ideológico-políticas hasta la gestión institucional: el concepto de violencia obstétrica debe ser incorporado a la legislación del país, más allá de la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Ello implica construir una política de Estado (una legislación, por ejemplo) y no una política pública, con el fin de evitar que el asunto pierda importancia frente a cambios ideológicos o políticos de los gobiernos.

La política propuesta debería incluir no sólo la definición del problema y las formas de evitarlo, sino también una reflexión sobre las estructuras de poder en el área médica, la ética profesional médica, el papel de las jerarquías médicas y políticas ante el problema. Debe incluir también la construcción de sanciones institucionales, administrativas e incluso penales antes un incumplimiento, tal y como se ha hecho en países como Venezuela y Argentina y en algunos estados de México. La política debería exigir procesos de formación —no sólo capacitación— tanto al personal como a las jerarquías políticas y a las mujeres. Deben trabajar el tema del poder obstétrico, la violencia obstétrica y sus expresiones, los derechos humanos, los derechos sexuales y derechos reproductivos, el género y los distintos protocolos existentes. La política debe exigir también que estos temas se incorporen al currículum formativo de todas las carreras de salud tanto en universidades públicas como privadas, así como en pregrado y posgrado.

También debe establecer mecanismos de cumplimiento de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, la CEDAW, la Convención y Recomendaciones de Belém do Pará, y otros compromisos internacionales que Costa Rica ha firmado. A su vez, debe determinar protocolos de financiamiento para darle contenido presupuestario a la política, de manera tal que se puedan sustentar las falencias infraestructurales, de equipamiento, contratación de personal, formativas y otras. Finalmente, la política debe dejar clara la responsabilidad en torno a la violencia obstétrica de sus instituciones, principalmente de la CCSS y el Ministerio de Salud, y el tratamiento del problema desde las políticas de género o penales (definir, por ejemplo, el papel concreto del INAMU, otros ministerios o la Fiscalía), así como determinar los mecanismos de trabajo interinstitucional necesario para erradicar esta forma de violencia contra las mujeres.

VI. Bibliografía

Academia Nacional de Medicina, "Posición de la Academia Nacional de Medicina sobre el tema de violencia obstétrica", *Acta Médica Costarricense*, vol. 57, núm. 3, San José, Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, julio-septiembre de 2015. Disponible en: http://www.scielo.sa.cr/pdf/amc/v57n3/art08v57n3.pdf

Aguirre, A. *et al.*, "La atención del parto: poder, derechos, violencia", en *Revista Salud Quintana Roo*, año 6, núm. 25, julio-septiembre de 2013. Disponible en http://www.salud.qroo.gob.mx/revista/revistas/25/5.pdf

Arguedas Ramírez, Gabriela, "La violencia obstétrica: propuesta conceptual a partir de la experiencia costarricense", *Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe*, vol. 11, núm. 1, enero-junio de 2014. Disponible en http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/intercambio/article/view/14238

_____, "Reflexiones sobre el saber/poder obstétrico, la epistemología feminista y el feminismo descolonial, a partir de una investigación sobre la violencia obstétrica en Costa Rica", *Revista Solar de Filosofía Latinoamericana*, vol. 12, año 12, 2016. Disponible en http://www.kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/75204?show=full

Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Ley General de Salud*, 1974. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6581&nValor3=96425&strTipM=TC

_____, *Acta de la Sesión Plenaria Ordinaria núm. 38*, miércoles 8 de julio de 2015a. Disponible en http://www.asamblea.go.cr/glcp/Actas/2015-2016-PLENARIO-SESI%C3%93N-38.pdf

_____, *Acta Sesión Ordinaria núm. 10*, martes 28 de julio de 2015b. Comisión Permanente de Asunto Sociales. Disponible en http://www.asamblea.go.cr/glcp/SitePages/ConsultaActasComisiones.aspx

_____, *Investigación sobre la violencia obstétrica que sufren las mujeres en los hospitales de nuestro país. Informe Preliminar de la Comisión Permanente Especial de la Mujer*, 2016. Disponible en http://www.asamblea.go.cr/sil_access/ver_dictamen.aspx?Id_Dictamen=13916

Belli, L., "La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos". *Revista Redbioética*, *Unesco,* año 4, 1(7), enero-junio de 2013, pp. 25-34. Disponible en http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_7/Art2-BelliR7.pdf

Caja Costarricense del Seguro Social, *Hospitales de Costa Rica*, núm. 4, 1975, pp. 11-12. Disponible en http://www.binasss.sa.cr/revistas/hospitales/art8.pdf.

_____, *Acciones para la mejora continua en la Atención de la Mujer durante el Embarazo, Parto y Posparto*, San José, Caja Costarricense de Seguro Social, 2016.

Defensoría de los Habitantes, "La violencia obstétrica en Costa Rica", *Revista Humanas*. Edición 3, segundo semestre 2014. Disponible en http://webmail.dhr.go.cr/biblioteca/documentos_interes/Revista%20Humanas%20Edicion%20No%203.pdf

_____, *Informe Anual de Labores 2014-2015*, 2015. Disponible en http://www.dhr.go.cr/la_defensoria/informes/labores/12._if2014_15.html#page/1

Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Mortalidad materna y su evolución reciente 2014,* vol. 2, año 1, 2015. Disponible en http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documentos/poblacion/mortalidad/publicaciones/mmerd14.pdf

Instituto Nacional de las Mujeres, *Segundo Estado de los derechos de las mujeres en Costa Rica*, San José, Instituto Nacional de las Mujeres, 2015. Colección Estado de los Derechos de las Mujeres en Costa Rica, núm. 6. Disponible en http://www.inamu.go.cr/documents/10179/275546/INAMU+Segundo+Estado+de+los+Derechos+de+las+Mujeres+en+CR.pdf/1c7e2cf5-3288-422d-9d84-e8671e056340

Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará, Mesecvi, *Primera Conferencia Extraordinaria de los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará. Costa Rica Informe de Implementación de las Recomendaciones del Cevi. Segunda Ronda.* 23 y 24 octubre de 2014. Ciudad de México. Disponible en https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-I-CE-doc.21.esp.Informe%20Costa%20Rica.pdf

Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, "Costa Rica: objetivos de desarrollo del milenio, II Informe País 2010", San José, Naciones Unidas, 2010. Disponible en http://www.cr.undp.org/content/dam/costa_rica/docs/undp_cr_odm_2010.pdf

_____, Área de Análisis del Desarrollo, *Guía para la elaboración de políticas públicas*, San José, MIDEPLAN, 2016. Disponible en http://www.minae.go.cr/recursos/2016/pdf/Guia_de_Elaboracion_de_Politicas_Publicas-MIDEPLAN-Final.pdf

Ministerio de Salud, *Análisis de situación de salud*, Costa Rica, 2014. Disponible en http://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/vigilancia-de-la-salud/analisis-de-situacion-de-salud/2618-analisis-de-situacion-de-salud-en-costa-rica/file

_____, *Memoria institucional 2014*, San José, Ministerio de Salud, 2015, Disponible en https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/centro-de-informacion/material-publicado/memorias/2725-memoria-institucional-2014/file

Morice, A. *et al*., *Buenas prácticas de maternidad segura*, San José, Ministerio de Salud/Organización Panamericana de la Salud, 2012.

Organización Mundial de la Salud, *La salud y los objetivos de desarrollo del milenio*, 2005. Disponible en http://www.who.int/hdp/publications/mdg_es.pdf

_____, *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud*, 2014. Disponible en:

http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134590/1/WHO_RHR_14.23_spa.pdf?ua=1

Organización Panamericana de la Salud, "Perfil del Sistema de Salud de Costa Rica", 2009. Disponible en http://www.paho.org/cor/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=analisis-de-situacion-de-salud&alias=87-perfil-de-situacion-de-salud-de-costa-rica-setiembre-2010&Itemid=222&lang=en

Presidencia de la República, *CCSS procura erradicar violencia obstétrica y negligencia médica*, 2015. Disponible en http://presidencia.go.cr/comunicados/2015/03/ccss-mejorara-atencion-de-embarazos-y-partos-con-mayor-calidez/

Sáenz, R. *et al.*, "Sistema de Salud de Costa Rica", *Salud Pública de México*, vol. 53, suplemento 2, 2011. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia: 03354 Expediente: 15-001331-0007-CO*. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&param2=1&nValor1=1&nValor2=640646&tem1=Violencia%20de%20g%C3%A9nero&strTipM=T&lResultado=1&strTem=ReTem

Solano, M., *Violencia obstétrica,* conferencia ante la Asamblea Legislativa, 13 de agosto de 2015. Disponible en http://www.dhr.go.cr/prensa/discursos/0.992.Discurso%20Violencia%20Obstetrica.pdf

Solís, Mónica, "Género y salud: equidad de género en la calidad de atención durante el embarazo y parto en hospitales públicos y centros privados de la Ciudad de Buenos Aires", *V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur*, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos

Aires, 2013. Disponible en http://www.aacademica.com/000-054/307.pdf

Villanueva-Egan, L. A., "El maltrato en las salas de parto: reflexiones de un gineco-obstetra", *Revista Conamed*, vol. 15, núm. 3, julio-septiembre 2010. Disponible en http://bit.ly/hF16fY

2. El Estado de derecho frente a la autonomía de las mujeres y el aborto

Joaquín A. Mejía Rivera

I. El aborto en contexto

En América Latina el aborto inseguro es la causa del 12% de las muertes maternas y de que cada año un millón de mujeres requieran atención hospitalaria. Lo que determina que un aborto sea seguro o inseguro, independientemente que sea espontáneo o inducido, es la acción posterior y la atención recibida, ya que si la interrupción del embarazo se efectúa o es atendida por personas sin capacitación o experiencia y sin las condiciones médicas mínimas, aumenta seriamente el riesgo para la vida y la salud de las mujeres.[1] Por tal razón es que este tipo de aborto representa un grave problema social y de salud pública que los Estados tienen la obligación de enfrentar adecuadamente.

[1] Gilda Sedgh *et al*., "Induced Abortion: Incidence and Trends Worldwide from 1995 to 2008", en *The Lancet*, vol. 379, issue 9816, febrero de 2012, p. 625. De acuerdo con este estudio, en 2008, en la región el 95% de los 4.4 millones de abortos realizados fueron inseguros.

¿Pero por qué las mujeres acuden al aborto inseguro pese a los riesgos que implica para su vida, su salud o su libertad? En gran medida, la respuesta a estas preguntas puede encontrarse en el hecho de que los principios religiosos y morales tan arraigados en nuestras sociedades impiden que se consideren objetivamente los aspectos de salud pública del aborto, y pese a que el laicismo es un elemento central de nuestros Estados y formas de gobierno, la moral privada de las religiones parece permear las políticas públicas, poniendo en entredicho la separación entre Iglesia y Estado.[2]

Por ello no es de extrañar que en América Latina sólo Cuba, Uruguay, Guyana y Ciudad de México permitan el aborto de forma gratuita y libre entre las primeras diez y doce semanas de embarazo; mientras que en el otro extremo, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Surinam, Haití y República Dominicana contemplan la prohibición total del aborto. En el medio, el resto de países del continente permiten la interrupción del embarazo si la vida o la salud física o mental de la mujer están en peligro, si ella fue víctima de violación o incesto, y en casos de imposibilidad de vida del feto al nacer.[3]

Pese a la existencia de leyes más restrictivas, las evidencias indican que los países de nuestra región tienen las mayores tasas de aborto en el mundo y por tanto este tipo de legislación no está

[2] Josefina Brown, "Actores políticos y aborto. ¿Clericales *versus* anticlericales? Buscando puntos de fuga en el debate político-ideológico", en Silvina Ramos (comp.), *Investigación sobre aborto en América Latina y el Caribe. Una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Buenos Aires-México, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, 2015, p. 82.

[3] Diálogo Interamericano y Centro de Derechos Reproductivos, *Aborto y derechos reproductivos en América Latina: implicaciones para la democracia*, Washington, D.C., septiembre de 2015, p. 2; Cristina Armunia Berges, Ana Sánchez y Raúl Ordaz, "La deuda de América Latina con las mujeres: el aborto es ilegal o muy restrictivo en la mayoría de países", en *eldiario.es*, 9 de agosto de 2018. Consultado el 4 de noviembre de 2018. Disponible en https://www.eldiario.es/internacional/feminismo-America-Latina-restrictivo-mayoria_0_801770402.html

asociada a tasas de interrupción del embarazo más bajas; de hecho, en 2008 la tasa de aborto en África fue de 29 por cada 1 000 mujeres en edad reproductiva, y en América Latina fue de 32 por cada 1 000. En contraste, en países de Europa occidental donde el aborto es generalmente permitido por amplias causales, la tasa fue de 12. Para 2014, 27 de cada 1 000 mujeres entre 15 y 44 años se realizaron un aborto, frente a las 46 de cada 1 000 en 1990.[4]

Estas cifras evidencian que las leyes que penalizan la interrupción del embarazo no tienen un efecto disuasivo ni han servido para reducir el número de abortos, sino que sólo aumentan los riesgos para la vida, la salud y la libertad de las mujeres. Al contrario, las legislaciones despenalizadoras aportan a la reducción de las tasas de aborto y de mortalidad materna. Por ejemplo, en Italia, tras la sustancial despenalización de la interrupción del embarazo que tuvo lugar con la Ley núm. 194 de 1978, el número de abortos cayó drásticamente,[5] y en Uruguay, desde que se aprobó en 2012 la Ley 18.987 de la Interrupción Voluntaria del Embarazo dentro de las primeras 12 semanas de gestación, se tiene una de las tasas de aborto más bajas del mundo y la tercera tasa de mortalidad materna más baja en el continente después de Canadá y Estados Unidos.[6]

En consecuencia, mientras que en los países desarrollados con legislaciones que despenalizan la interrupción del embarazo las tasas de aborto han caído, en los países en vías de desarrollo con legislaciones más restrictivas, tales tasas se han mantenido o han

[4] Sedgh, *op. cit.*, p. 626. Uno de cada tres embarazos en América Latina termina en un aborto, la mayor tasa por regiones en el mundo, pese a que estos países tienen leyes antiabortivas muy restrictivas, en Guttmacher Institute, *Abortion Rates Declined Significantly in the Developed World between 1990 and 2014. Rates in the Developing World Have Remained Mostly Unchanged*, News Release, mayo de 2016. Disponible en https://www.guttmacher.org/news-release/2016/abortion-rates-declined-significantly-developed-world-between-1990-and-2014.

[5] Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011, p. 336.

[6] *Aborto y derechos reproductivos en América Latina…*, *cit.*, p. 6.

aumentado en los últimos 25 años, como es el caso de la región de América Latina cuya tasa pasó de 40 abortos por cada 1 000 mujeres en 1994 a 44 en 2014.[7] Es claro que las leyes que prohíben la interrupción del embarazo no han llevado a bajar sus tasas, lo cual indica que el derecho ha sido superado por la realidad y se ha vuelto inútil e ineficaz para disuadir la conducta prohibida.

Como lo señalé anteriormente, Nicaragua, Honduras, Surinam, Haití, República Dominicana y El Salvador contemplan la prohibición del aborto en cualquier circunstancia. En Nicaragua, el Código Penal hace que las mujeres enfrenten penas entre 1 y 2 años de cárcel por abortar, y los profesionales médicos de 1 a 6 años de cárcel e inhabilitación para el ejercicio de la medicina por 2 a 10 años. En Honduras, el Código Penal sanciona la interrupción del embarazo con reclusión de 3 a 10 años, y las personas profesionales de la salud, parteras o comadronas, además de tales penas, pueden sufrir multas de 15 mil (623) a 30 mil lempiras (1 247 dólares estadounidenses); en Surinam, según el Código Penal las mujeres y las personas que realicen la interrupción del embarazo enfrentan de seis meses a cuatro años de cárcel.

En Haití el aborto es punible en todos los casos y por todos los medios, con privación de libertad tanto para la mujer como para cualquier persona que se involucre en el acto; además, a las personas profesionales de la salud que asistan un aborto se les puede imponer la realización de trabajos forzados; en República Dominicana se aplican penas de cárcel que oscila entre los 30 y 40 años a toda mujer que se realice un aborto y a aquellas personas que la asistan, sean profesionales o no; en El Salvador, el Código Penal establece penas que oscilan entre los dos y ocho años de prisión

[7] Guttmacher Institute, *Abortion Rates Declined Significantly in the Developed World between 1990 and 2014…*, *cit.*

tanto para la mujer que aborta como para quienes le ayuden. A diferencia de los otros países, en El Salvador las mujeres que sufren abortos espontáneos o dan a luz a bebés muertos son sospechosas de haberse sometido a un aborto voluntario y frecuentemente son acusadas de homicidio con una pena que puede llegar hasta los 40 años de prisión.

Esta prohibición absoluta de la interrupción del embarazo obliga a que la experiencia del aborto se desenvuelva "en un terreno invisible, sobre todo para quien no la quiere ver".[8] Por tanto, teniendo en cuenta que el acceso y uso de métodos anticonceptivos modernos brinda a las mujeres mayor control sobre el momento de tener hijos e hijas, y su cantidad, es lógico suponer que los Estados como Nicaragua, Honduras, Surinam, Haití, República Dominicana y El Salvador, en vez de penalizar de forma absoluta el aborto, deben apostar por invertir en dichos métodos, incluida la educación sexual adecuada, lo cual sería menos costoso para las mujeres y la sociedad que tener embarazos no deseados, abortos inseguros y mujeres encarceladas.[9]

A la luz de lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo analizar el papel de los Estados frente a la interrupción del embarazo desde un enfoque democrático, el principio del laicismo y los derechos humanos de las mujeres, enfocándonos particularmente en la reflexión sobre la calidad de persona del feto, la permisión del aborto en determinadas circunstancias y la obligación estatal de garantizar la autonomía de las mujeres en el marco de los estándares internacionales mínimos en materia de derechos sexuales y reproductivos.

[8] Cristina García Pascual, "Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto", en *Derechos y Libertades*, núm. 16, segunda época, Madrid, enero de 2007, p. 187.

[9] Sedgh, *op. cit.*, pp. 625-627.

II. El papel del Estado democrático de derecho frente al aborto

Una de las características de las sociedades actuales es la existencia de diversas concepciones de la vida humana y de valores fundamentales que se buscan proteger a través del derecho. Como estas concepciones muchas veces entran en conflicto entre sí, es preciso garantizar que todas ellas puedan llevarse a cabo en alguna medida. El instrumento por excelencia para lograr la convivencia política es un Estado que reconozca y promueva la tolerancia frente a la pluralidad de concepciones valiosas de la vida, y se oponga a cualquier fundamentalismo, entendido como la defensa de una sola concepción absoluta de la vida, sea religiosa o ideológica.[10] En otras palabras, un Estado que "ya no responde ni está al servicio de una doctrina religiosa o filosófica en particular, sino al interés público, es decir, al interés de todos, manifestado en la voluntad popular y el respeto a los derechos humanos".[11]

En este sentido, las ciudadanas y ciudadanos de una comunidad democrática estamos obligados a darnos "razones recíprocamente"[12] y ser capaces de explicarnos unos a otros cuando se trata de cuestiones fundamentales para la sociedad, por lo que al momento de defender nuestras opciones sólo podemos apoyarnos en valores de la razón pública,[13] ya que las posiciones basadas en una revelación divina pueden ser decisivas para las personas creyentes, pero tienen nulo valor en la discusión intersubjetiva con quienes no tienen las mismas creencias. Bajo esta lógica, en una sociedad democrática "no se puede presentar una propuesta política concreta con

[10] Carlos Pereda, "El laicismo también como actitud", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 24, México, abril de 2006, p. 9.

[11] Roberto J. Blancarte, *Para entender el Estado laico,* México, Ediciones Nostra, 2008, p. 8.

[12] Jürgen Habermas, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 129.

[13] John Rawls, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, p. 252.

el argumento de que 'Dios así lo quiere'"[14] y por tanto, se debe eliminar del discurso político la posibilidad de hablar "en nombre de Dios", de sacralizar la política o de legitimarla religiosamente.[15]

En el debate público todos los sectores sociales tienen derecho a participar y opinar, desde quienes patrocinan la liberalización del aborto, pasando por quienes promueven el reconocimiento de ciertas causales para permitirlo, hasta quienes defienden su prohibición total. No obstante, ni las Conferencias Episcopales de la Iglesia católica ni las asociaciones de otras iglesias tienen algún plus de sabiduría en éste ni en ningún otro tema no referido a los dogmas cristianos y, por tanto, en una sociedad democrática y un Estado laico el argumento para defender las posiciones antiabortistas nunca puede ser que "'la vida pertenece a Dios'" o que "hay vida humana desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide".[16] Es fundamental dejar claro que el problema no son las religiones en sí mismas, "sino su privilegio político. Cuando ese privilegio se activa en una sociedad el poder de una Iglesia se convierte en una amenaza para las libertades".[17]

Por los intereses y posiciones morales en juego, el tema del aborto nos desafía a reflexionar desde una perspectiva democrática, lo cual implica tener claro que el Estado de derecho "se basa en la libertad, la justicia, la seguridad, la equidad, el respeto por la dignidad de las personas y el laicismo de las instituciones" y que tratar de imponer una concepción religiosa o moral, aunque sea mayoritaria en una sociedad, atenta contra las libertades individuales,

[14] Teresa Maldonado, "Laicidad y feminismo: repercusiones en los debates sobre aborto y multiculturalidad", en *Viento Sur. Debates Feministas*, núm. 104, año XVIII, Madrid, julio de 2009, p. 61.

[15] Carlos Pereda, "El laicismo también como actitud"…, *op. cit.*, p. 17.

[16] Maldonado, *op. cit.*, p. 65.

[17] Pedro Salazar Ugarte, "La república laica y las libertades en México", en *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, año XI, núm. 4, México, abril de 2013, p. 16.

e implica el sometimiento del poder político al poder religioso,[18] lo cual es característico de los Estados teocráticos y confesionales, y en muchas ocasiones, de regímenes autoritarios y dictatoriales.

Es importante recordar que la cultura jurídica moderna y la moral laica están fundadas sobre la libertad individual y la autonomía de la conciencia, respectivamente, y nacen de la separación entre derecho y moral. El primero no tiene la función de afirmar o de reforzar una concreta moral, sino sólo la de prevenir daños a las personas y garantizar sus derechos; y la segunda "para ser vivida y practicada con autenticidad, no tiene necesidad del apoyo del derecho y menos aún del derecho penal".[19]

En consecuencia, el principio de laicismo que caracteriza a todo Estado moderno obliga a quienes toman decisiones legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otro orden, a justificarlas y basarlas únicamente en razones seculares e imparciales que sólo respondan a aquellos valores y principios que representan los derechos y libertades reconocidos en las normas constitucionales e internacionales. El constitucionalismo democrático coloca en el centro de todo a la persona humana y, en este sentido, su dignidad, derechos y libertades se convierten en el fin supremo de la sociedad y del Estado, cuyo respeto y protección todos y todas tenemos la obligación de garantizar. De esta manera, el reconocimiento y validez del Estado laico es el espacio político idóneo para la afirmación de los derechos humanos.[20]

[18] Jorge Carpizo, y Diego Valadés, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. IX-X. Las citas textuales corresponden a la p. IX. Como lo señala Carpizo en este libro en su capítulo "La interrupción del embarazo", p. 41: "La democracia es sinónimo de laicismo. La democracia es pluralismo y derecho a disentir. La democracia es laica o no es democracia".

[19] Ferrajoli, *op. cit.*, p. 336.

[20] Alejandro Castillo Morga, "Apreciaciones sobre el Estado laico y los derechos humanos: coincidencias y divergencias entre los católicos en el México contemporáneo", en Margarita Moreno-Monett, y Rosa María Álvarez de Lara

La efectiva realización de los derechos humanos es el mecanismo fundamental para fortalecer el Estado de derecho y lograr las condiciones necesarias para la plena realización de la persona humana y su dignidad, cuyo respeto condiciona la legitimidad de toda producción normativa, interpretación y actuación de los poderes públicos. En este sentido, es preciso determinar si la prohibición total del aborto es una actuación legítima de un Estado que se precie de ser democrático y de derecho. Para ello hay que responder tres cuestiones esenciales: ¿el Estado debe atribuir al feto o embrión la calidad de persona humana y proteger su derecho a la vida de forma absoluta?, ¿se deben admitir ciertas causales para permitir la interrupción del embarazo sin consecuencias penales para las mujeres y para quienes les asisten?, ¿de qué manera el Estado debe garantizar la autonomía de las mujeres frente al aborto?

III. ¿El Estado debe atribuir al feto o embrión la calidad de persona humana y proteger su derecho a la vida de forma absoluta?

Uno de los argumentos fundamentales de quienes defienden la prohibición total del aborto es que el feto o embrión es una persona cuyo derecho a la vida el Estado tiene la obligación de proteger, incluso aunque el embarazo sea producto de una violación o que su continuación ponga en peligro la vida o la salud de la madre. Bajo esta lógica, el aborto constituiría un homicidio o un asesinato, ya que el cuadro del embarazo representaría "una relación entre dos seres que provisionalmente se encuentran en relación de mutua dependencia. El feto representa, entonces, la parte débil que debe ser protegida por el Estado frente a las agresiones de la otra

[coord.], *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, t. II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 341.

parte, considerada no como una víctima sino más bien como un agresor o incluso un posible verdugo".[21]

Si la mujer embarazada y el feto son igualmente personas, no se explica por qué las leyes penales de Nicaragua, Honduras, Surinam, Haití, República Dominicana y El Salvador no prescriben directamente para las mujeres que abortan penas de cárcel similares a las previstas para los delitos de homicidio, asesinato o parricidio. Si moralmente el aborto es equivalente a tales delitos, ¿por qué se castiga con una pena máxima de ocho años en algunos códigos penales, mientras que el homicidio o parricidio se castigan con penas que pueden alcanzar hasta los 40 años? En el fondo, se puede presumir que para quienes legislan en nuestros países, la vida del embrión o el feto no es equiparable a la vida de la madre y por ello, aunque existe un discurso de prohibición total del aborto porque es considerado un atentado contra la vida humana, en términos de sanción penal en cuanto este "delito", además de ser castigado con menor dureza en comparación con otras infracciones contra la vida, su persecución en muchas ocasiones es altamente inefectiva.

De cualquier manera, debido a la existencia de una sanción penal, un asunto fundamental que debemos preguntarnos sería cuál es el momento preciso en que puede afirmarse que nace o existe una persona humana, o si el embrión es una persona o no. Desde la biología se puede responder que la diferencia entre el genoma humano y el genoma de un mono puede ser entre 1 y 2%, es decir, la información genética que se encuentra en tales porcentajes es lo que distingue al cerebro humano de otros primates, en concreto, el sistema nervioso central, particularmente la corteza cerebral. La neurobiología ha determinado que a las doce semanas de embarazo el feto no ha desarrollado aún la corteza cerebral y, por tanto,

[21] García Pascual, *op. cit.*, pp. 190 y 194.

> dentro de ese lapso el embrión no es un individuo biológico caracterizado, ni una persona, tampoco un ser humano. El embrión no tiene las condiciones que particularizan al ser humano […] es incapaz de sufrir o de gozar. Biológicamente no puede considerársele un ser humano.[22]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) ha señalado que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana) que establece que "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Tomando en consideración las bases científicas disponibles, el tribunal interamericano ha concluido que

> la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.[23]

[22] Jorge Carpizo, "La interrupción del embarazo", en Carpizo y Valadés, *op. cit.*, p. 5. "Las más diversas legislaciones, e incluso la mayoría de religiones, admiten que cuando existe muerte cerebral, es factible desconectarle los aparatos que la sostienen en estado vegetativo, en virtud de que ha fallecido. Dicha situación, en sentido contrario, coincide con la de la interrupción del embarazo antes de las doce semanas. En ambos casos no puede afirmarse que exista vida humana".

[23] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs Costa Rica*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 264.

Esta decisión jurisprudencial tiene cuatro implicaciones importantes. En primer lugar, la Convención Americana permite un apropiado balance entre derechos e intereses en conflicto, de modo que es incorrecto alegar "la protección absoluta del embrión anulando otros derechos";[24] en segundo lugar, el embrión no implantado no tiene igual consideración para tratarlo con iguales derechos que una persona en sentido estricto; en tercer lugar, es discriminatorio sacrificar los derechos de las mujeres para dar una prevalencia absoluta a la protección de un embrión o de óvulos fecundados;[25] y en cuarto lugar, es adecuada la utilización de métodos anticonceptivos de emergencia como las píldoras anticonceptivas de emergencia, las cuales no pueden ser consideradas abortivas, ya que a la luz de lo señalado por la Corte IDH, no hay concepción alguna antes de que el embrión se implante en el útero.

Evidentemente, no se puede ignorar que el embrión es un ente vital que consiste en un potencial ser humano, lo cual significa "que se trata de un individuo que, de no mediar alguna intervención causalmente impeditiva de ello, habría de llegar a desarrollarse continuamente hasta un momento en que ya contará como una persona 'actual'".[26] No obstante, de esta premisa, aunque sea verdadera, no se puede derivar directamente la tesis de que el embrión es una persona y, en consecuencia, se le reconozca la protección absoluta del derecho a la vida, aun por encima de la salud, la vida o la autonomía de la madre.

Esto es así porque el concepto de "persona" pertenece al lenguaje jurídico y al lenguaje moral, pero no al lenguaje biológico. Deducir de la tesis biológica según la cual el embrión es una entidad vital la tesis moral de su calidad de persona, o incluso la tesis

[24] *Ibid*., párr. 263.

[25] *Ibid*., párr. 297.

[26] Juan Pablo Mañalich R., "La permisibilidad del aborto como problema ontológico", en *Revista de Derechos y Humanidades*, núm. 23, Universidad de Chile, 2014, p. 322.

jurídica según la cual es razonable configurar como delito su eliminación, es una indebida derivación viciada de falacia naturalista. Plantear que

> un embrión es una persona no es una aserción sino una prescripción; no es un juicio de hecho sino un juicio de valor, y como tal ni verdadero ni falso sino sometido a la valoración moral y a la libertad de conciencia de cada uno. Sólo hay una cosa pacíficamente compartida: una persona, tanto en sentido jurídico como moral, existe indiscutiblemente en el momento del nacimiento, el cual requiere la gestación y el parto de la mujer.[27]

Obviamente, el nacimiento de una persona requiere el cuerpo y la mente de una potencial madre que sin duda alguna es considerada persona en toda su dimensión y, en consecuencia, titular de derechos y merecedora de toda la protección del Estado. Teniendo en cuenta que en términos biológicos y jurídicos el embrión no es considerado persona en sentido estricto pese a albergar vida, un Estado democrático y de derecho no puede ni debe equiparar la vida embrionaria con la vida humana, y criminalizar a las mujeres cuando por diferentes razones deciden de manera autónoma interrumpir el embarazo y no concebir.

Fundamentar la prohibición absoluta del aborto en la tesis de la potencialidad del embrión o feto humano es admitir que no hay diferencia alguna entre una persona potencial y una persona actual, y en consecuencia, no habría diferencia entre la eliminación de una persona ya existente y el impedimento de que llegue a existir esa misma persona. Por tanto, reconocer a un embrión o feto un derecho a la vida en sentido estricto en virtud del argumento de la potencialidad, puede llevarnos al absurdo de reconocer también tal "derecho a un óvulo (humano) no fecundado y consistentemen-

[27] Ferrajoli, *op. cit.*, p. 333.

te, para evitar cualquier discriminación sexista: también a un espermatozoide (humano)".[28]

A la luz de lo anterior debemos preguntarnos si es moralmente aceptable que una mujer sea obligada a una gestación y un parto no deseados para satisfacer un supuesto derecho del embrión a nacer, a pesar que su reconocimiento como persona descansa en la controvertida cuestión de su potencialidad. En otras palabras, se impone a la mujer la maternidad, lo cual genera una alteración de su vida y "representa una violación clamorosa de la segunda máxima de la ética kantiana, según la cual ninguna persona puede ser tratada como un medio para fines ajenos: en este caso, como instrumento de reproducción mecánica e involuntaria. Y contradice asimismo el postulado de la ética liberal expresado por John Stuart Mill mediante la máxima según la cual cada uno es soberano de su propio cuerpo y de su propia mente".[29]

De cualquier manera, quienes defienden la prohibición total del aborto sobre la base de la potencialidad del embrión como persona, deben tomar en cuenta que el nacimiento no puede concebirse sólo como un hecho biológico y natural, sino como el fruto del ejercicio de una libertad de autodeterminación de la mujer y de una libertad frente a constricciones sobre su cuerpo y su integridad física, psíquica y moral. El ejercicio de esta libertad de autodeterminación implica que las mujeres sienten dentro de su vientre a un hijo o hija, y no una simple vida embrionaria, en el mismo momento en que piensan y quieran esta vida como un hijo o hija, o sea, como una persona. Es justamente este acto de voluntad el que confiere al feto el valor de persona, es decir, es un "acto con el que la mujer se piensa y se quiere como madre y piensa y quiere

[28] Mañalich, *op. cit.*, pp. 322-324. "En tal medida, la posición de un embrión o feto humano, como posible titular de un derecho a la vida *stricto sensu*, es similar a la del príncipe Carlos, quien 'es el potencial rey de Inglaterra, pero actualmente no tiene los derechos de un rey'".

[29] Ferrajoli, *op. cit.*, p. 334.

al feto como nacido". Por tanto, la procreación, además de ser un proceso biológico, también es un acto de consciencia y de voluntad con el cual la madre no sólo le da cuerpo a quien está por nacer, sino también el valor de persona.[30]

A la luz de todo lo anterior, en un Estado democrático y de derecho se debe generar un debate amplio e inclusivo para determinar si está justificado secular y racionalmente que el derecho confiera al embrión o feto el estatus de persona sobre la cuestionada base de su potencialidad sin tomar en consideración el derecho a la autonomía de la mujer, e imponga la prohibición y sanción penal de la interrupción del embarazo en cualquier circunstancia sólo porque es considerado por un sector de la sociedad como un hecho contrario a ciertos principios morales y religiosos. Debemos insistir en el principio de laicidad como garantía democrática para evitar que el Estado y sus instituciones se conviertan en instrumentos de defensa e imposición de una determinada moralidad.

IV. ¿Se deben admitir ciertas causales para permitir la interrupción del embarazo sin consecuencias penales para las mujeres y para quienes les asisten?

Ya hemos señalado que los sectores que justifican la intervención estatal para prohibir el aborto se basan en la idea de que el embrión o el feto poseen el estatus de persona a la que el Estado tiene la obligación de proteger. Como el aborto es un tema con una fuerte connotación moral y, en consecuencia, generador de opinio-

[30] *Ibid*., pp. 334-335. "Dicho en otros términos: si es verdad que el embrión necesita de la [decisión de la] madre para nacer, entonces dicha decisión determina su naturaleza haciendo de él una [futura] persona. En suma, su cualidad de (futura) persona es compatible con la tesis sobre la dignidad de la persona de la madre, como sujeto y no objeto, si y sólo si es decidida por ésta, es decir, si y sólo si es pensada y querida por el sujeto que puede hacerlo nacer como persona".

nes diversas y muchas veces contrapuestas, el derecho, al momento de regularlo, debe tomar en cuenta la realidad en la que se está inmerso y buscar un equilibrio para que las distintas concepciones de la vida se realicen en alguna medida, siempre y cuando ello no implique una violación a los derechos y libertades de las personas en sentido estricto. Se requiere, por tanto, una regulación jurídica que favorezca sobre todo la reducción o eliminación de las condiciones que puedan provocar riesgos para la salud, la vida y la libertad de las mujeres.

En un Estado democrático de derecho la intervención jurídica en relación con el aborto no puede ni debe reflejar "sin más una visión del derecho en su forma más tradicional, caracterizada por su carácter primario de tipo coercitivo", tal y como sucede en Nicaragua, Honduras, Surinam, Haití, República Dominicana y El Salvador; por el contrario, la interrupción del embarazo no puede ser considerada prohibida u obligatoria, sino sólo permitida al menos en determinadas circunstancias.[31] Por tal razón, en muchas normativas y resoluciones de tribunales nacionales e internacionales se reconocen ciertas situaciones en las que el aborto puede ser considerado lícito y amparado en la legalidad; así, "cuando un embarazo ha sido producido por una violación, cuando la salud física o psíquica de la mujer peligra si continua con la gestación o cuando el feto presenta graves malformaciones se permite el aborto en consideración a la difícil situación que las mujeres afrontan".[32]

En esta línea, los movimientos feministas en la región mínimamente proponen la despenalización del aborto por tres causales: en primer lugar, por violación sexual que deja expuesta a las mu-

[31] Adrián Rentería Díaz, *El aborto. Entre la moral y el derecho*, Ciudad Juárez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2001, pp. 197 y 200. La cita textual corresponde a la p. 197.

[32] García Pascual, *op. cit.*, p. 200. Para un análisis de resoluciones judiciales por parte de tribunales de Estados Unidos, Italia, Colombia, España y Francia, consúltese Carpizo, *op. cit.*, pp. 8-15.

jeres y a las niñas a embarazos no deseados; en segundo lugar, cuando se pone en grave riesgo la salud y la vida de la mujer; y en tercer lugar, cuando existen graves malformaciones congénitas del feto que son incompatibles con la vida fuera del útero, por lo que la continuación del embarazo implica un sufrimiento innecesario para las mujeres y sus familias.

Me atrevo a señalar que la propuesta de las tres causales refleja la madurez política de quienes defienden la despenalización del aborto en la región, ya que teniendo en cuenta que nuestras sociedades son conservadoras, patriarcales y fuertemente influenciadas por la religión, buscan un punto de encuentro y equilibrio entre el derecho a la autonomía de las mujeres y el interés de protección a la potencialidad de una vida humana. La despenalización del aborto en virtud de estas tres causales no solamente evitaría consecuencias perjudiciales para la salud, la vida y la libertad de las mujeres, sino también garantizaría el principio constitucional a la igualdad en términos de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, ya que frente a un eventual conflicto entre los derechos de quien es una persona en sentido estricto y los supuestos derechos de quien todavía no lo es, deben primar los primeros.

Sin embargo, debe quedar claro que las llamadas "tres causales" para despenalizar la interrupción del embarazo constituyen los estándares mínimos que los Estados de la región tienen la obligación de garantizar a la luz de las normas y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, las cuales permiten orientar "las normas jurídicas no hacia el absurdo de equiparar el aborto a un asesinato sino a su valoración en relación con contextos y circunstancias", y a considerar que, en situaciones límite, el derecho no puede ni debe exigir a las mujeres un comportamiento heroico o samaritano ni perseguirlas ni condenarlas en supuestos concretos,[33]

[33] García Pascual, *op. cit.*, pp. 198-199. La cita textual corresponde a la p. 198.

tales como violación sexual, riesgo para sus vidas y su salud, y malformaciones congénitas del feto incompatibles con la vida.

Ignorar que la dignidad humana no puede desconocer la especificidad de la condición de las mujeres, que no son simples instrumentos de procreación y que el nacimiento de una hija o hijo no deseado va a afectar su proyecto de vida, es una de las negaciones más profundas de la libertad y de la igualdad. Amenazar a una mujer con una sanción penal para obligarla a continuar con un embarazo producto de una violación o que implique riesgos para su vida o su salud, o que agrave su sufrimiento por la incompatibilidad del feto con la vida fuera del útero, es moralmente inaceptable, democráticamente condenable y un verdadero "asalto a su humanidad".[34]

La protección absoluta del derecho a la vida de quien está por nacer mediante la penalización total del aborto coloca a las mujeres en una situación de mayor vulnerabilidad y las discrimina por razones de género al considerarlas únicamente en su función de ser madres.[35] La Corte IDH ya se ha pronunciado sobre la interrupción del embarazo en un contexto de criminalización total del aborto cuando ha mediado la causal de riesgo para la vida y la salud de la madre, y ha ordenado la adopción de todas las medidas que sean necesarias y efectivas para proteger los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de la mujer.[36] Esta resolución, que sólo ordena medidas para proteger los derechos de la madre pero no para tutelar el derecho a la vida del feto, refleja el "balance

[34] Carpizo y Valadés, *op. cit.*, pp. 20-22.

[35] Mónica Arango Olaya, "Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, junio de 2014, p. 184.

[36] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013, punto resolutivo 1.

de la protección de derechos e intereses jurídicos en juego, en el que prevalece la protección a la vida de la mujer" .[37]

Ignorar la contundencia de los argumentos en que se basa al menos la propuesta de las tres causales de los movimientos feministas en la región y negar la promoción y desarrollo de un debate democrático amplio al respecto sobre la base del principio de laicidad del Estado sólo evidencia el autoritarismo de unas pocas personas —las y los legisladores— quienes imponen su voluntad y su visión de la vida a través del derecho penal, y la revisten de legalidad para convertirla en la voluntad general, pese a su evidente falta de legitimidad.

V. ¿De qué manera el Estado debe garantizar la autonomía de las mujeres frente al aborto?

El principio de autonomía es un requisito indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y una exigencia de la propia dignidad humana. En un Estado de derecho, sus instituciones deben asegurar la autonomía de las personas como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellas, "en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico".[38] En este sentido, la autonomía personal valora la libre elección y materialización de las concepciones y planes de vida.[39]

[37] Arango Olaya, *op. cit.*, pp. 181-182.

[38] Luis Prieto Sanchís, "Neconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell [ed.], *Neoconstitucionalismo (s)*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 124-125.

[39] Carlos Santiago Nino, "Autonomía y necesidades básicas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, Alicante, Universidad de Alicante, 1990, p. 24. "El Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adop-

En el caso particular de las mujeres, la autonomía implica, entre otras cosas, la negación del sometimiento de sus cuerpos a decisiones heterónomas o que se justifican en intereses ajenos a ellas, ya que sus cuerpos no pertenecen a la sociedad ni al Estado, quienes no pueden "imponer a una mujer la gestación y la maternidad".[40] Este es el fundamento del eslogan feminista "Mi cuerpo es mío", el cual debe tomarse seriamente si se pretende proteger al embrión como potencial persona humana, evitando que las mujeres sean tratadas como meros instrumentos y recipientes de gestación, es decir, como medios y no como fines.

En el debate sobre el aborto, éste se plantea como un conflicto entre el derecho a la vida del feto o embrión, y el derecho a la autonomía de la mujer, el cual suele ser descalificado porque se concibe básicamente como una libertad activa, es decir, como un derecho a abortar. Esta concepción ignora que el derecho a la autonomía consiste no sólo y no tanto en una libertad activa o positiva, o sea, en la facultad de abortar, sino más bien en una libertad negativa, es decir, en el derecho de la mujer a no convertirse en madre contra su voluntad. La prohibición total del aborto no se limita a impedir un hacer, sino que impone una multiplicidad de obligaciones de hacer: "la obligación de ser madre, de llevar adelante un embarazo, de parir con dolor, de criar y mantener un hijo, de renunciar a proyectos de vida diferentes. Impone, en una palabra, el sacrificio del propio futuro".[41]

---

ción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución", en Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 204-205.

[40] García Pascual, *op. cit.*, p. 204.

[41] Ferrajoli, *op. cit.*, p. 337. "Consiste en una inmunidad, en un *habeas corpus*, o sea, en la libertad personal frente a constricciones y coerciones".

De esta manera, se niega a las mujeres su carácter de sujetos autónomos y se vulnera el reconocimiento de su autonomía en un asunto tan fundamental como la gestación y la maternidad que, indudablemente, puede determinar y alterar considerablemente el proyecto o plan de vida de una mujer. Un Estado de derecho debe generar las condiciones normativas e institucionales que faciliten la persecución y satisfacción de los proyectos de vida individuales, y no tratar "a las mujeres como menores de edad, como personas necesitadas de tutela o, lo que es peor, como sujetos con temibles intenciones de las que se deben proteger a los niños e incluso a ellas mismas".[42]

Criminalizar la interrupción del embarazo *a)* se estrella frontalmente contra los principios del derecho penal democrático que prohíben que la norma penal sirva para obligar a un hacer y menos que imponga opciones de vida y concepciones morales concretas, y *b)* transgrede el ya señalado principio kantiano del valor de la persona como un fin y no como un medio para lograr fines ajenos. Si se pretende respetar el pluralismo moral y en consecuencia, buscar un equilibro entre el interés por la vida embrionaria y la autonomía de las mujeres, un Estado de derecho debe establecer una convención que "no lesione los derechos humanos de las mujeres a su integridad, dignidad y libertad y que al mismo tiempo fije el momento en el que la tutela del embrión deja de ser una cuestión solamente moral".[43]

Un punto importante para el establecimiento de dicha convención es la determinación de las edades del feto en relación con su viabilidad. En este sentido, la experiencia comparada nos muestra la factibilidad de una "ley de plazos" que, por un lado, estipule un término de tiempo en el que se garantice a las mujeres la interrupción del embarazo de forma segura sin necesidad de justificación,

[42] García Pascual, *op. cit.*, pp. 204-205.
[43] Ferrajoli, *op. cit.*, p. 337.

es decir, un plazo dentro del cual las mujeres puedan decidir libre, consciente y responsablemente su maternidad, y, por otro lado, reconozca ciertas causales para permitir el aborto cuando el embarazo haya continuado más allá del plazo establecido.

Con respecto a lo primero, ya hemos señalado que antes de las 12 semanas (tres meses) el embrión no ha desarrollado su corteza cerebral, la cual define las condiciones que particularizan al ser humano; y en relación con lo segundo, también ya hemos planteado que se debe permitir la interrupción del embarazo cuando éste sea producto de una violación, cuando provoque riesgos para la salud física o psíquica de la mujer, y cuando el feto presenta graves malformaciones incompatibles con la vida fuera del útero materno.

Al echar una mirada a las regulaciones sobre el aborto en varios países, nos encontramos que en la mayoría de países europeos está regulado por leyes de plazos. El aborto está permitido hasta las 10 semanas de gestación en Portugal. En Bélgica, Alemania, Austria, Francia, Eslovaquia y Grecia es permitido en las primeras 12 semanas. En Suecia se permite durante las primeras 18 semanas y en Holanda, durante las primeras 24 semanas. En Estados Unidos se permite la interrupción del embarazo en los primeros tres meses. En Canadá el aborto se practica a petición de la mujer y sin límite de gestación.

En Rusia la interrupción del embarazo es libre y gratuito hasta las 12 semanas de gestación, plazo que puede ser ampliado hasta las 22 semanas en caso de enfermedad grave, viudez, minoría de edad, pérdida de trabajo o vivienda, falta de recursos económicos para mantener al niño o niña, violación, entre otros supuestos. En Cuba es permitido hasta las 10 semanas sin que las mujeres tengan que justificarlo. En Guatemala y Costa Rica el aborto está permitido sólo si la vida de la madre corre grave riesgo.

Como sociedades y Estados no podemos continuar generando condiciones de inmoralidad e ilegalidad sobre un asunto que vulnera abiertamente la autonomía de las mujeres, y las coloca en

una situación de riesgo y mayor vulnerabilidad. Los Estados de la región deben avanzar hacia una regulación de la interrupción del embarazo que, tomando el ejemplo de la experiencia comparada a la luz de las particularidades de nuestra realidad, establezca plazos y causales para garantizar el respeto a la libertad de las mujeres a decidir de manera consciente y responsable sobre sus derechos sexuales y reproductivos, y a sus derechos a la vida y a la salud, así como la protección del derecho a la vida embrionaria a partir de determinado tiempo en que biológicamente se puede afirmar la personalidad del feto.

VI. Una conclusión para el debate

En virtud de una regla básica del derecho internacional, "todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole".[44] En este sentido, los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados de la región les imponen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos en ellos contenidos, las cuales pueden ser de carácter legislativo para suplir eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, o para realizar las modificaciones necesarias con el fin de asegurar el fiel cumplimiento de los estándares internacionales.[45]

Que los Estados de la región deban adecuar el derecho interno a los estándares internacionales establecidos en un tratado supone

[44] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, párr. 30.

[45] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 3 (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, párr. 2-3.

a) la derogación de toda norma jurídica contraria a los mismos y *b)* la expedición de normas que garanticen el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos. De no hacerlo, contraviene no sólo las normas convencionales que consagran los respectivos derechos transgredidos, sino también el artículo 2 de la Convención Americana que contiene la obligación estatal de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.[46]

Es importante resaltar que las medidas de otro carácter comprenden las actuaciones de las juezas y los jueces[47] que son los llamados a ejercer el doble control de la legalidad de los actos y omisiones de los poderes públicos: el *control de constitucionalidad* sobre la producción e interpretación normativa, y sobre los actos de los poderes públicos, y el *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana.[48] En consecuencia, los estándares determinados en la sentencia del caso sobre fecundación *in vitro* representan un piso mínimo que los Estados tienen la obligación de establecer en el ámbito interno, es decir, *a)* un adecuado balance entre los intereses en conflicto, evitando invocar la protección absoluta del embrión para negar los derechos de las mujeres, *b)* una consideración diferenciada del embrión no implantado, ya que no puede ser tratado con iguales derechos que una persona en sentido estricto, *c)* un tratamiento no discriminatorio hacia las mujeres que evite sacrificar sus derechos con el fin de dar prevalencia absoluta a la protección de un embrión o feto, y *d)* unas condiciones que permitan la adecuada utilización de mé-

[46] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero vs Ecuador*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 97-98.

[47] Miguel Carbonell, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 70.

[48] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

todos anticonceptivos de emergencia que no pueden ser consideradas abortivos.[49]

A la luz de todo lo anterior, la penalización del aborto no puede seguir invocándose para defender la vida del embrión o el feto; además, si tomamos en consideración las estadísticas que reflejan que las leyes que criminalizan la interrupción del embarazo no tienen un efecto disuasivo ni han servido para reducir el número de abortos y que, al contrario, las legislaciones despenalizadoras combinadas con los elementos enunciados en los siguientes párrafos traen consigo una reducción de las tasas de aborto y de mortalidad materna, entonces quienes están en contra del aborto deberían sumarse al menos a la campaña de las "tres causales" liderada por el movimiento feminista y otros sectores afines, y luchar contra su criminalización.

Existen mecanismos más efectivos para defender la vida en todas sus etapas sin necesidad de anular los derechos de las mujeres, como por ejemplo, *a)* establecer una educación sexual temprana que forje una actitud responsable frente a las relaciones sexuales; *b)* generar condiciones socioeconómicas adecuadas para que las madres, particularmente las más pobres, puedan ofrecer una vida digna a sus hijos e hijas; *c)* fortalecer las condiciones sociales e institucionales para brindar una protección efectiva de los derechos de la niñez y *d)* una legislación que establezca "un plazo dentro del cual es lícito abortar respetando la decisión de la mujer y reconduciendo los abortos a un periodo de tiempo donde el feto claramente no es viable fuera del útero materno".[50]

Siguiendo los parámetros interamericanos e internacionales analizados, los Estados de la región tienen la obligación de garantizar la realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, y para ello debe *a)* derogar o modificar leyes, políticas

[49] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 263, 264 y 297.
[50] García Pascual, *op. cit.*, p. 208.

y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva; *b)* adoptar medidas legales y políticas para garantizar la prevención de los embarazos no deseados y los abortos inseguros mediante el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces, y una educación integral sobre la sexualidad; *c)* liberar las leyes restrictivas del aborto; *d)* asegurar el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto seguro y *e)* respetar "el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva".[51]

VII. Bibliografía

Arango Olaya, Mónica, "Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, junio de 2014.

Armunia Berges, Cristina Sánchez, Ana Sánchez y Raúl Ordaz, "La deuda de América Latina con las mujeres: el aborto es ilegal o muy restrictivo en la mayoría de países", en *eldiario.es*, 9 de agosto de 2018. Consultado el 4 de noviembre de 2018. Disponible en https://www.eldiario.es/internacional/feminismo-America-Latina-restrictivo-mayoria_0_801770402.html

Blancarte, Roberto J., *Para entender el Estado Laico*, México, Ediciones Nostra, 2008.

Brown, Josefina, "Actores políticos y aborto. ¿Clericales *versus* anticlericales? Buscando puntos de fuga en el debate político-

[51] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párr. 28.

ideológico", en Silvina Ramos [comp.], *Investigación sobre aborto en América Latina y el Caribe. Una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Buenos Aires/México, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, 2015.

Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 70.

Carpizo, Jorge y Diego Valadés, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. IX-X.

Castillo Morga, Alejandro, "Apreciaciones sobre el Estado laico y los derechos humanos: coincidencias y divergencias entre los católicos en el México contemporáneo", en Margarita Moreno-Monett, y Rosa María Álvarez de Lara [coords.], *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, t. II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),* E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párr. 28.

_____, *Observación General núm. 3 (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, párr. 2-3.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

_____, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs Costa Rica*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 264.

_____, *Caso Suárez Rosero vs Ecuador*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997.

_____, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Huma-

nos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, párr. 30.

_____, *Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013, punto resolutivo 1.

Diálogo Interamericano y Centro de Derechos Reproductivos, *Aborto y derechos reproductivos en América Latina: implicaciones para la democracia*, Washington, D.C., septiembre de 2015.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011.

García Pascual, Cristina, "Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto", en *Derechos y Libertades*, núm. 16, segunda época, Madrid, enero de 2007.

Guttmacher Institute, *Abortion Rates Declined Significantly in the Developed World between 1990 and 2014. Rates in the Developing World Have Remained Mostly Unchanged*, News Release, mayo de 2016. Disponible en https://www.guttmacher.org/news-release/2016/abortion-rates-declined-significantly-developed-world-between-1990-and-2014.

Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006.

Maldonado, Teresa, "Laicidad y feminismo: repercusiones en los debates sobre aborto y multiculturalidad", en *Viento Sur. Debates Feministas*, núm. 104, año XVIII, Madrid, julio de 2009.

Mañalich, Juan Pablo, "La permisibilidad del aborto como problema ontológico", en *Revista de Derechos y Humanidades*, núm. 23, Universidad de Chile, 2014.

Nino, Carlos Santiago, "Autonomía y necesidades básicas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, Alicante, Universidad de Alicante, 1990.

_____, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 204-205.

Pereda, Carlos, "El laicismo también como actitud", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 24, México, abril de 2006.

Prieto Sanchís, Luis, "Neconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell [ed.], *Neoconstitucionalismo (s)*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005.

Rawls, John, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.

Rentería Díaz, Adrián, *El aborto. Entre la moral y el derecho*, Ciudad Juárez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2001.

Salazar Ugarte, Pedro, "La república laica y las libertades en México", en *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*, año XI, núm. 4, México, abril de 2013.

Sedgh, Gilda *et al.*, "Induced Abortion: Incidence and Trends Worldwide from 1995 to 2008", en *The Lancet*, vol. 379, issue 9816, febrero de 2012.

3. Mujer, régimen económico[1] y propiedad de la tierra en Panamá

Belquis Cecilia Sáez Nieto

I. Planteamiento del problema

En Panamá al igual que muchos países, por razones históricas, coyunturales, económicas, políticas y sociales, la propiedad de la tierra está en manos de hombres. "Sin embargo, la mujer ha estado vinculada desde la propia evolución de la familia, la propiedad privada y el Estado al trabajo como fuente de sustento familiar y social".[2] Por esta razón es importante el régimen económico del

[1] Según Adriana Patricia Fuentes López, en la mayoría de los países, las disposiciones que tienen que ver con el matrimonio y la situación de la mujer casada y sus bienes también se han extendido a las uniones maritales de hecho, las cuales gozan de reconocimiento legal y tienen un régimen de gananciales más o menos equiparable al del matrimonio religioso o civil, aunque, en algunos casos, se exigen ciertas condiciones para que éstas gocen de los mismos efectos que los matrimonios formalizados. Por lo tanto, se constata como norma el establecimiento de la titulación conjunta a nombre de hombres y mujeres simultáneamente, en el caso de ser pareja, como un asunto consolidado prácticamente en todas las legislaciones de la región; este avance se convierte en un mecanismo eficaz para mejorar el acceso de las mujeres a la propiedad, ver Fuentes López, Adriana Patricia, *Mujeres rurales, tierra y producción: propiedad, acceso y control de la tierra para las mujeres*, s/e, t. 1, p. 16.

[2] Friedrich Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Archivo Marx-Engels, 2017. Disponible en www.marxists.org.

matrimonio como vía para que la mujer acceda a la propiedad de la tierra si ha trabajado para lograr objetivos comunes junto a su familia.[3] Pero para la consecución de este fin es fundamental que el régimen económico a través de la ley responda efectivamente a esa realidad, con normas que garanticen la igualdad de derechos tan anhelada por muchas mujeres. Pero la realidad ha sido otra, el concepto de propiedad[4] ha sido interpretado, para el área del Derecho de familia, muy restrictivamente, es decir, los distintos tribunales que imparten justicia, ya sea en la vía administrativa o judicial, han considerado el derecho de propiedad como un derecho absoluto por parte del dueño. Hay dos vías por la que esta premisa es sustentable. Una es la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 105 del Código de Familia y otra son los criterios manejados por las Corregidurías (ahora jueces de Paz) en cuanto al desalojo de la mujer de la casa habitación de la familia, y la Procuraduría de la Administración ha avalado esos criterios.

El criterio inicial de la Procuraduría era que cuando había desalojo de la casa habitación de la familia, debía ser competencia de

[3] La investigación demuestra que la lucha por el derecho real de las mujeres a la propiedad y al control de la tierra ya no es un tema de reformas jurídicas, sino el de poner en práctica la legislación vigente, porque, en los países estudiados, ese derecho está reflejado en las mismas constituciones. Ver Fuentes López, *op. cit.*, p. 16.

[4] Para Eduardo Cordero Quinzacara la principal dificultad que enfrenta la protección constitucional de la propiedad es que esta garantía se construye sobre una paradoja. Por una parte, la inclusión de la propiedad dentro de las tempranas declaraciones de derechos y dentro de las listas de derechos constitucionalmente protegidos se dio a partir de la preexistencia de una entidad asegurable denominada "propiedad". Por otra, esta entidad que es protegida desde los inicios del constitucionalismo va a recibir una específica carga y elaboración conceptual sólo después de su recepción constitucional. Durante el siglo XIX sufrió una serie de embates de parte del pensamiento político, y en el siglo XX, de parte de la actividad legislativa, siendo objeto en el proceso histórico de tales controversias y transformaciones que cabe plantearse en retrospectiva la pregunta de cuál habrá sido originalmente el objeto protegido o, de manera más precisa, el objeto de la protección constitucional a la propiedad, ver de Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Pensamiento Jurídico XXX], Valparaíso, Chile, 2008, pp. 345-385.

los juzgados de familia. Pero, en realidad, la competencia por ley corresponde a los juzgados municipales civiles y, cuando es por intruso, a las Corregidurías. De manera que la Procuraduría General de Nación no puede imponer un criterio de tal magnitud.[5] También las corregidurías han realizado muchas consultas de lanzamiento por intruso cuando hay familiares, y la Procuraduría General de la Nación ha manifestado lo siguiente:

> En este sentido, para nosotros es necesario aclararle que este tipo de lanzamiento a familiares no puede tipificarse como lanzamiento por intruso propiamente tal, sino como un desalojo que es otra cosa.
>
> Como hemos manifestado en otras opiniones vertidas, el intruso es una persona que se encuentra ocupando un bien sin autorización o consentimiento del dueño, en el caso planteado según nos explica se trata de esposos/as, padres, hijos/as; es decir, personas unidas por un vínculo de consanguinidad y de afinidad, lo que quiere decir que en un principio hubo consentimiento y autorización para ocupar el bien inmueble, por lo que lo viable es solicitar ante la autoridad competente el desalojo del bien ocupado, figura que como nota característica resalta el hecho de que en un principio existe el consentimiento del dueño del bien, es decir, que se considera al ocupante del bien ocupante ilegal y no ocupante invasor.[6]

De allí pues, que es admitido el desalojo. Pero reiteramos que estos han sido muy reforzados por los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el concepto de propiedad.

[5] Ver consulta fechada 23 de enero de 200, expedida por la Procuraduría General de la Administración, en donde se aclara que no se puede lanzar por intruso al cónyuge porque no cumple con los presupuestos legales necesarios.

[6] Nota C-No.194, Panamá, 29 de agosto de 2000. Procuraduría General de la Nación. Publicada en la sección de consultas de la Procuraduría General de la Nación. https://ministeriopublico.gob.pa/

El régimen económico del matrimonio se convierte, tal vez, en la única vía para que el cónyuge pueda recuperar algún derecho o titularidad sobre los bienes muebles e inmuebles. Pero ante este escenario es imposible.

Pero lo cierto es que la propiedad tiene un

> profundo sentido histórico y no se opone de ningún modo a una intervención legislativa en su configuración. Cuestión que por lo demás es obvia, ya que la ausencia de límites dominicales resulta imposible dentro de la vida en sociedad, que demanda la imposición de reglas y de límites para que se garantice una armónica convivencia entre sus miembros. La sociedad no puede tolerar, ni ha tolerado nunca, tal configuración de la propiedad. Y tratándose de este derecho —como lo expresa Rudolf von Ihering—, la idea de la propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición con la idea de sociedad.[7]

II. El matrimonio civil

Desde 1916, que inició la vigencia del Código Civil panameño, nuestro país cuenta con la figura del matrimonio civil, que obviamente ya venía protegido desde la Constitución de 1904, pero reforzado en 1941, cuando fueron incorporados algunos derechos sociales a esta carta fundamental. Paradójicamente y a pesar de que las bases del derecho familiar nacen en 1941, el matrimonio de hecho surge en la Constitución de 1946. Y esto es fundamentalmente porque la única forma de constituir familia en ese momento era a través del matrimonio civil. Cuando se da la ley 3 de 1994 (Código de Familia), se consolida realmente una disciplina jurídica distinta, con tribunales especializados, con una doctrina que desarrolla temas del derecho familiar y se da un concepto del matrimo-

[7] Elustiza, 2008.

nio civil en el artículo 26 del Código de Familia.[8] Y por primera vez se establece como requisito que el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer. A pesar de que la Constitución Nacional, en el artículo 57[9] no exige este requisito. Otra incongruencia que encontramos en el artículo 46 constitucional es el hecho de que el matrimonio es el fundamento legal de algunas familias, pero no lo es de otras. Es más, los jóvenes actualmente deciden no casarse. Basta con ver un poco las estadísticas de la Contraloría General de la República para observar esa realidad. También el tema de que descansa sobre la igualdad de derechos de los cónyuges es un principio constitucional, pero no se cristaliza a través de las leyes o prácticas de los tribunales, porque indudablemente la propiedad de la tierra está en manos de los hombres, por razones culturales, económicas, históricas y legales, porque la mujer no podía administrar sus propios bienes. Luego, si tomamos en consideración prácticas tribunalicias y criterios de interpretación de la Corte Suprema de Justicia, debemos concluir que indefectiblemente no hay igualdad de derechos como plantea nuestra Constitución. Requerimos reformas constitucionales profundas que tengan como base esa igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

III. El régimen económico del matrimonio[10]

La Ley 2 de 1916 estableció que en el régimen económico del matrimonio había amplia libertad para elegir cuál era el sistema que

[8] Artículo 26 del Código de Familia. "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, con capacidad legal, que se unen para hacer y compartir una vida en común".

[9] Artículo 56 de la Constitución vigente. "El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges y puede ser disuelto de acuerdo con la ley".

[10] En los últimos 15 años se ha promovido y fortalecido una institucionalidad a favor de las mujeres producto de los resultados de la IV Conferencia Mundial de

regía la vida matrimonial. Sin embargo, si los cónyuges no elegían el régimen supletorio era el de separación de bienes. Realmente al momento de contraer matrimonio, la gente no celebra capitulaciones matrimoniales, al menos esa es la costumbre en nuestro país. De manera que este sistema rigió en Panamá hasta 1994. Bajo la vigencia del Código Civil, entonces, había dos regímenes económicos matrimoniales: la separación de bienes y sociedad de gananciales. La esperanza de todas las mujeres estuvo cifrada en el cambio que posteriormente hiciera la Ley 3 de 1994. El código de Familia que finalmente entró a regir en enero de 1995 insertó tres regímenes: el de sociedad de gananciales, separación de bienes que venían ya del Código Civil y agregó el de participación en las ganancias.

En el Código de Familia, también se mantuvo el criterio que había amplia libertad para elegir qué régimen deseaban pactar los cónyuges, pero a falta de esas capitulaciones matrimoniales el régimen supletorio era participación en las ganancias. Tal era la expectativa que se tenía con la aplicación en 1995, del nuevo régimen supletorio, que rápidamente se solicitó la inconstitucionalidad del artículo 835, que planteaba que el régimen económico de los matrimonios, celebrados o de hecho, los negocios y los procesos que se hallen en trámite al entrar en vigor este Código se regirán por las leyes y disposiciones anteriores. Entonces el país quedo en materia del régimen —con dos sistemas: el del código civil (separación de bienes si no había capitulaciones matrimoniales) y el Código de Familia (participación en las ganancias, como régimen

---

las Mujeres, realizada en 1995 en Pekín, China. Sin embargo, la institucionalidad gubernamental para promover los derechos de las mujeres se ha centrado fundamentalmente en los temas de violencia contra ellas, sus derechos políticos y, sólo muy recientemente, empieza a incursionar en los temas relativos a sus derechos económicos, lo que refuerza la desprotección institucional de las mujeres rurales. Ver Fuentes López, *op. cit.*, p. 11.

supletorio). Veamos el texto de la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el artículo 835.

El artículo 43 constitucional establece enfáticamente como excepción al principio general de irretroactividad de las leyes, las de orden público o interés social, "cuando en ellas así se exprese".

Ello no significa que todas las leyes de orden público o interés social tienen efecto retroactivo, sino las que indiquen dicha retroactividad expresamente.

Así lo declaró la Corte, en fallo del 13 de septiembre de 1996, que indicó lo siguiente:

> la Corte estima que la ley impugnada, es decir, la Ley núm. 29 de 23 de junio de 1995 no tiene carácter retroactivo como lo afirma el demandante. Ello es así por cuanto, en primer lugar, para que una ley tenga carácter retroactivo la misma debe señalarlo expresamente. Y es que la Corte no observa en qué manera la Ley Nº 29 extiende su eficacia sobre el Contrato de Concesión Nº 98 de 1994, […] De lo anterior se colige, pues, que cuando la Ley Nº 29 de 23 de junio de 1995 fue suscrita, la misma no fue aprobada con carácter retroactivo alguno por lo que mal puede resultar violatoria del artículo 43 de la Constitución Nacional. No procede, pues, el presente cargo.

Consideramos que el extracto reproducido no amerita mayor comentario. Otra decisión de la Corte cuya evocación es oportuna, está en la sentencia del 21 de junio de 1993, que en su parte pertinente dice:

> La comentada norma constitucional como es bien sabido, tal como aparece en el Estatuto Fundamental vigente clara y expresamente dispone, a diferencia de los textos de las anteriores Constituciones que precedieron a la actual que las leyes tendrán efecto retroactivo, excepto las de orden público e interés social […]cuando en ellas así se exprese.

Lo anterior confirma que la interpretación correcta del artículo 43 de la Constitución consiste en que las leyes de orden público e interés social deben manifestar expresamente que son retroactivas.

Esa misma decisión, señala más adelante que

> De ahí que nuestra tercera Constitución de la era republicana —la de 1946— superó esta deficiencia al establecer en su artículo 44: "Las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público o de interés social".
>
> El precepto contenía, sin embargo, una seria imprecisión. Su terminología parecía dar a entender que bastaba con una Ley fuera de orden público o de interés social para que necesaria y automáticamente tuviera efecto retroactivo. Y este no había sido en realidad el querer del contribuyente [sic] ni era lo adecuado y conveniente.

De lo anterior se resume que la Constitución de 1946 decía escuetamente que sólo las leyes de orden público e interés social tenían efecto retroactivo, sin excepción, pero también dice que, aunque la norma estaba redactada de esa forma, no era el sentido que el Legislador le quería atribuir a la norma, y así debía entenderse, que no todas tenían efecto retroactivo.

Luego entonces, si la norma en la Constitución de 1946 estaba redactada sin incluir la frase "cuando en ellas así se exprese", con mayor razón ahora, el actual artículo 43 que sí la contiene, debe interpretarse en el sentido de que la ley debe estatuir expresamente que tiene efectos retroactivos. Es decir, que las leyes de orden público e interés social deben señalar expresamente que tienen efecto retroactivo.

El artículo 3 del Código de la Familia dispone que:

> ARTÍCULO 3: Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social y se aplicarán con preferencia a otras leyes. En conse-

cuencia, no pueden ser alteradas o variadas por voluntad de los particulares, bajo pena de nulidad, salvo en los caos expresamente permitidos por este Código." [Subrayado de la Corte].

El efecto principal y directo de las leyes de orden público e interés social, es precisamente lo que a continuación indica la norma, que se aplicará con preferencia a otras leyes, pero con efectos hacia el futuro; pero ello no entraña la retroactividad de la misma, toda vez que invadiría los derechos adquiridos en el orden patrimonial de los matrimonios y uniones de hecho celebrados con arreglo al Código Civil.

Este principio de no violación de los derechos adquiridos está expuesto también en el artículo 3 del Código Civil, que a la letra dice: "Artículo 3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos."

Ello implica que el Código de la Familia no puede trastocar derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, sin perjuicio de que —como ya hemos señalado— su normativa no indica que es aplicable con efectos retroactivos, pues no fue expresamente aprobada con tal carácter.

Por lo tanto, considera esta Corporación de Justicia que el párrafo demandado, tampoco infringe el artículo 43, ni ninguno otro de la Constitución Nacional.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL la frase "El régimen económico de los matrimonios, celebrados o de hecho...", contenido en el artículo 835 del Código de la Familia.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR LA LCDA. MARIBLANCA STAFF WILSON CONTRA LA FRASE "EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS O DE HECHO" CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 835 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA. MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ A. TROYANO. PANAMÁ, TREINTA (30) DE MAYO DE DOS MIL (2000). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

Este criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia es discutible si tomamos en consideración que la Constitución Nacional concede efectos retroactivos a las leyes de orden público y el artículo 3 del Código de Familia establece que las disposiciones de esta ley son de orden público y de interés social y se aplicarán con preferencia a otras leyes. Sin embargo, la decisión de la Corte es final y conservamos dos sistemas para el régimen económico del matrimonio civil. Pero lo más grave es que esta interpretación ha sido tremendamente injusta para una gran cantidad de mujeres que se casaron antes de 1995 con el régimen de separación de bienes; y provoca también grandes arbitrariedades porque una mujer trabaja junto a su esposo durante varios años y luego en la liquidación no le corresponde ningún bien, aunque haya trabajado para constituir el patrimonio inicial en el régimen de participación en las ganancias para la liquidación de la pareja posterior de esa misma persona. Lo que implica mucha violencia en el seno familiar.[11]

IV. El régimen de participación en las ganancias como régimen supletorio

El régimen de participación en las ganancias no cuenta en Panamá con una tradición histórica como venimos exponiendo. Inicialmente no contábamos con peritos especializados y los abogados litigantes, jueces y demás auxiliares de la justicia no conocían las interioridades de este régimen. Comprendemos que el legislador, siendo conocedor de las injusticias que venían dándose con el régimen de separación de bienes, quiso dar alternativas a los cónyuges

[11] En unas estadísticas de femicidios que maneja el Centro de Investigación Jurídica esto es una realidad cuando vemos los expedientes en la esfera penal. Muchos de estos problemas son planteados precisamente por la propiedad de la vivienda familiar.

ofreciendo un nuevo sistema para regir los bienes que se adquieren durante la vida matrimonial, e introduce por primera vez el régimen de participación en las ganancias como régimen supletorio. Pero la verdad es que la doctrina ha definido la participación en los gananciales como un régimen económico legal de acceso en el que cónyuges mantienen sus patrimonios separados, conservando la libre administración y disposición de los bienes que los componen, salvo las restricciones establecidas por la ley, con cargo a que a su disolución se compensen los valores de las ganancias obtenidas, reconociendo a favor del cónyuge que las obtiene en menor valor un crédito en contra del otro para participar de la mitad del excedente.[12]

Otra característica importante de este régimen es que su naturaleza jurídica es eminentemente crediticia. Como afirma Corral Talciani, la participación en los gananciales se traduce en el nacimiento de un crédito que compensa o iguala los beneficios, crédito sobre el cual se estructura y se organiza el régimen.[13] De manera que cuando termina la liquidación el cónyuge lo que tiene es un crédito que es de naturaleza personal y no real. Y esto dificulta al menos en nuestro medio el cobro final del crédito de participación. La esencia de la implementación de este sistema en varios países ha sido básicamente la "reacción al sistema de comunidad de bienes que en ciertas ocasiones ofrecía dificultades por el riesgo a que se veían sometidos los bienes de la mujer por la mala administración de su marido y la marcada potestad doméstica ejercida por el varón". Pero además en el caso de Panamá ha estado marcado por los criterios jurisprudenciales sobre este tema.

[12] Corral Talciani, *Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la Ley núm. 19.335 de 1994 a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio, Santiago*, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

[13] *Ibid*.

V. El matrimonio de hecho

Esta figura surge en la Constitución de 1946, bajo fuertes críticas de la sociedad civil, que creía en que la única forma de constituir familia era a través del matrimonio civil. Pero se ha mantenido hasta nuestros días con cinco años en condiciones de singularidad. En el tema del régimen económico ha habido una serie de planteamientos de la Corte Suprema de Justicia, que hasta hoy día es mitad y mitad de todos los bienes que se obtienen a título oneroso durante la vida matrimonial. Pero, hay mucha reticencia en aplicar las normas generales del régimen económico del matrimonio civil a este régimen especial del matrimonio de hecho. Por ejemplo, varios tribunales han sustentado el criterio de que si la persona titular del bien mueble o inmueble traspasa antes de la liquidación del bien en este régimen no hay posibilidad de hacer el conteo al final en las operaciones matemáticas cuando en el régimen de participación se puede y en el de sociedad no se podría ni siquiera traspasar en el caso de bienes inmuebles porque se inscribe el régimen en el Registro Público. Realmente esto es fraude a la ley. Sin embargo, es el criterio que aplican algunos tribunales.

Pero también hay poco entendimiento de esta realidad por parte de los operadores de justicia, quienes aplican el derecho positivo de una manera excesiva cuando se trata del régimen económico. Por ejemplo, existe el criterio de que para probar el matrimonio de hecho solo se puede hacer con la prueba idónea de tres testigos, aun cuando el propio demandado en liquidación haya aceptado que está unido. Veamos. De igual forma, el artículo 789 del Código de la Familia señala que:

> para comprobar el matrimonio de hecho, el interesado deberá prestar por lo menos tres (3) testigos honorables y vecinos del lugar del domicilio conyugal lo que se comprobará con certificación de una autoridad competente del lugar. A los testigos deberá constarles personalmente

> que se han cumplido los requisitos exigidos en la ley para esta clase de matrimonio.

Señalamos esto porque el legislador plasmó el requisito de la cercanía de los testigos con la pareja, pues precisamente al no existir vínculo matrimonial, los testigos debían tener la inmediación con esa supuesta pareja para ilustrar al juez que no vivían juntos por mera casualidad, por el contrario, que se prodigaban amor, y así se trataban, máxime que se señala que la pareja tuvo dos hijos, lo cual pareciera acreditar fácilmente la unión de la pareja, no obstante el demandado alega que esa convivencia no fue estable por el tiempo que estipula la norma.

En el presente proceso, se colige con suma facilidad que los requisitos no han sido comprobados, pues no constan en el expediente las declaraciones de tres testigos, requisito indispensable en este tipo de procesos, toda vez que no fue aportado al proceso testigo alguno, o vecino de las partes que acreditara lo anterior.

No obstante, no debemos olvidar el principio de la carga de la prueba que señala que a las partes les corresponde comprobar los hechos que se alegan, tal como lo establece el artículo 784 del Código Judicial, que indica:

> Articulo 784 C. J. : Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables.
>
> Pese a lo solicitado por la actora [del] libelo de la demanda, no contamos en el expediente con material probatorio suficiente como para acceder a lo pedido, ya que para poder acceder a la división de los bienes producto de la unión de hecho, debió en primer término, a prudente arbitrio, acreditar que la unión se dio por espacio de cinco años en condiciones de singularidad y estabilidad, y no se hizo.
>
> De manera entonces que, ante la ausencia de material probatorio suficiente para acreditar la pretensión incoada por la parte actora, lo procedente es negar la petición endilgada.

> En mérito de lo expuesto, el suscrito JUEZ SEGUNDO SECCIONAL DE FAMILIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMÁ, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley, NIEGA LA DIVISIÓN DE LOS BIENES HABIDOS DENTRO DE LA UNIÓN DE HECHO solicitado por J contra D.

O sea, si usted solicita una liquidación del régimen económico del matrimonio de hecho necesariamente tiene que llevar tres testigos porque es la prueba idónea, aunque existan otras pruebas documentales y testimoniales en otros procesos que así lo acrediten. Sin determinar que en muchas ocasiones para una mujer en esta situación es tremendamente difícil encontrar esos testigos. Además, la inmediación que el juez hace al inicio de la audiencia es fundamental para que detecte que es lo que realmente ocurre. Pero aplicar ese positivismo exagerado sólo lo podemos entender en la búsqueda de una verdad procesal y no la verdad que anima la razón.

En cuanto al régimen económico del matrimonio de hecho, también existe un planteamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre el artículo 1165 A del Código Civil que establece lo siguiente:

> Doctrina. Si el artículo 54 de la Constitución Nacional establece que la unión de hecho o matrimonio de hecho mantenido en las condiciones previstas por la Constitución surte todos los efectos del matrimonio civil, no ve esta Corte entonces por qué establecer una diferencia en el régimen de bienes al producirse la disolución del vínculo cuando se trata del matrimonio civil y cuando estamos en presencia del matrimonio de hecho. Y si bien es cierto que puede existir la duda en cuanto a que la norma contenida en el artículo 1165 A colisiona lo preceptuado en al artículo 53 de la Carta Fundamental, por cuanto que aquella norma establece igualdad de derechos para los unidos en matrimonio de hecho en lo referente al régimen de bienes, no cabe duda que sí

colisiona con el artículo 54 párrafo primero de la ley Fundamental, ya que establecen distintos efectos en lo relativo a bienes para ambos uniones como consecuencia de la disolución del matrimonio de hecho.

Esta diferencia normativa entre lo preceptuado por los artículos 1163, 1164 y el artículo 1165 A, sí colisionan con el párrafo primero de la norma constitucional en comento, toda vez que el artículo 1165 A en su párrafo final, viola el principio de que el matrimonio de hecho surte todos los efectos del civil y entre estos efectos se encuentran los causado por la disolución del vínculo en lo referente al régimen matrimonial.

La historia patria lo demuestra, fue la Constitución Política de 1946 la que en su artículo 56 establece que la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante diez años consecutivos, en condición de singularidad y estabilidad, surtiría todos los efectos del matrimonio civil, creando por consiguiente, una forma nueva de constituir este enlace, que bien podría denominarse excepcional o no tradicional y obligando, consecuentemente, la correspondiente legislación desarrollista recogida en las Leyes 58 de 1956, sobre el procedimiento para la respectiva inscripción y 84 de 1963 contentiva(sic) del parcialmente impugnado artìculo 1165A del Código Civil.

La Constitución Política de 1972 mantuvo la institución, con la sola diferencia que rebajo a cinco años el término de la unión, para los fines que comentamos (Art. 54), de lo que se sigue que el párrafo denunciado como inconstitucional, del precitado artículo 1165A del Código, mantiene su vigencia normativa".

DECISIÓN: Declara que es INCONSTITUCIONAL por colisionar con el artículo 54 de la Constitución Nacional el artículo 1165A del Código Civil, en su párrafo segundo, introducida por la Ley 84 de 1963.

Es decir, según este fallo del día 30 de septiembre de 1987, el régimen económico para el matrimonio de hecho es igual que el del matrimonio civil. Porque la Constitución Nacional

establece iguales efectos para ambos. Pero cuando se redactó el Código de Familia se volvió a poner un régimen distinto para el matrimonio de hecho sin advertir la inconstitucionalidad. Pero la Corte en segunda ocasión se pronunció que era constitucional el régimen especial del matrimonio de hecho. Con lo cual quedo vigente el artículo 59. Veamos el fallo de la Corte Suprema de Justicia.

> El pleno de esa Corporación estima que no se ha producido la violación al artículo 44 de la Constitución Nacional, que establece el derecho a la propiedad privada: Nuestra Constitución Nacional reconoce la unión de hecho en el artículo 54 a partir del momento en que se cumplen los cinco años de convivencia de una pareja en condiciones de singularidad y estabilidad, aun cuando su reconocimiento legal se dé con posterioridad a la disolución de la unión. De dicha unión se derivan, derechos tales como la adquisición de la mitad de los bienes y frutos adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges, dentro del término de la unión, ya que los bienes adquiridos antes de la unión, así como aquellos adquiridos a título gratuito, permanecen en propiedad del adquiriente. Se desestima pus este cargo. Por tanto, se declara constitucional el artículo 59 de la ley 3 de 1994. *Revista Iuris*. Año 5 Tomo II. Pág. 52. Sistemas Jurídicos S. A. Registro Judicial de mayo de 1996. Pág. 138.

El planteamiento correcto es el primero, porque efectivamente desde 1946, cuando se insertó al texto constitucional el matrimonio de hecho, la carta fundamental establecía que el matrimonio civil y de hecho surtían los mismos efectos, sin embargo, se está aplicando el segundo criterio. En verdad esto favorece a la mujer, pero si exigen como prueba idónea tres testigos, habrá muchas mujeres que no pueden cumplir con esta exigencia.

VI. El concepto de propiedad manejado por la Corte Suprema de Justicia de Panamá

Definitivamente que el concepto de propiedad manejado como un derecho absoluto sin posibilidad de restricciones ha afectado a la mujer, que en la mayoría de los casos no es titular de los bienes inmuebles. Existen definiciones del concepto de propiedad que definitivamente no contemplan límites, como ocurrió en el derecho romano antiguo, el *dominiumex jure quiritium*, pero la evolución histórica se ha encargado de quitarle vigencia. En el caso del Código Civil panameño, pese a que fue concebido bajo el imperio de las teorías individualistas, el concepto mantiene restricciones o limitaciones. Veamos el texto del artículo 337.

> Artículo 337. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa para reivindicarla.

De allí que el concepto de propiedad pasa en el siglo XIX de una propiedad feudal o medieval a una propiedad más libre y son varios los autores que escriben sobre esta realidad (Bachofen, Federico Engels).

> El Derecho Romano recoge una concepción individualista cada vez más creciente que refuerza en gran medida las atribuciones del dueño y sus facultades frente a los demás hombres y frente al Estado. En la fase prehistórica anterior prevalecía el tipo de propiedad colectiva, más bien familiar. Entre estos dos polos (individualismo y colectivismo) se mueve la institución. Durante la Edad Media y pese al sesgo que entraña resumir una concepción en tan dilatado espacio de tiempo, se puede sostener un proceso desintegrador del concepto unitario de propiedad, algo que ya se podía observar germinalmente en la jurisprudencia romana, y que viene dado por el desdoblamien-

> to de facultades entre el titular del dominio y el que era efectivo poseedor.[14]

El Código de Napoleón que inspiró nuestro Código Civil establece en el artículo 544 la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer a su voluntad de sus bienes, de sus rentas, del fruto de su trabajo.

Evidentemente el Código de Napoleón recoge el derecho de propiedad con limitaciones impuestas por la ley, si tomamos como base que la definición del derecho de propiedad del Código es la más antigua y acabada definición de este concepto. Pero entender como únicas limitaciones del derecho de la propiedad las establecidas por una disposición legal sería algo erróneo y equívoco. La propiedad debe ser concebida como un medio para que el sujeto lleve a cabo una actuación en si misma limitada. Debe responder a un fin racional y sobre todo a una función social.

VII. La propiedad de la tierra en Panamá

En Panamá existen muy pocos estudios sobre la propiedad de la tierra, sin embargo, tomando como base investigaciones realizadas por las Naciones Unidas es evidente que

> los derechos a la tierra, la propiedad y la vivienda son esenciales para la igualdad y el bienestar de las mujeres. Los derechos de acceso y dominio sobre la tierra, la vivienda y la propiedad son factores decisivos para las condiciones de vida de la mujer, especialmente en las economías rurales, son fundamentales para la supervivencia diaria de las mujeres y sus hijos, así como para su seguridad física y económica. Pero a pesar de la importancia que estos derechos tienen para ellas y

[14] Elustiza, 1974.

> para los hogares que están a su cargo, las mujeres carecen aún de manera desproporcionada de seguridad en la tenencia de estos bienes.[15]

Y es que la mujer puede acceder a la propiedad de la tierra a través de varias fórmulas jurídicas. El régimen económico bien llevado y garantizando una distribución justa y adecuada e interpretando las normas jurídicas con una base axiológica de igualdad de derechos[16] entre hombres y mujeres y también comprendiendo que existe efectivamente un desbalance en la propiedad de la tierra, puede resultar una fórmula adecuada para buscar un equilibrio que puede ser productivo para el conglomerado social. Esa base axiológica está inmersa en varios tratados internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 17 (1) y 17 (2) el derecho de toda persona a la propiedad, sin distinción de sexo; y en el artículo 25 proclama el derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye la vivienda y la seguridad en caso de pérdida de los medios de subsistencia, mientras que en su artículo 16 estipula que toda persona debe disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en

[15] Naciones Unidas, 2014.

[16] La desaparición de las referencias expresas al deber de obediencia de la mujer al marido y a la idea de autoridad marital; el establecimiento de las reglas de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, ni modifica la nacionalidad de los mismos ni condiciona su pérdida o recuperación por cualquiera de ellos con independencia del otro; la supresión de las licencias maritales para la actuación jurídica de la mujer casada y la desaparición de la referencia a la representación legal de la mujer por el marido. Rodrigo Barcia también manifiesta que "el principio de igualdad lleva a que el contenido del Derecho de Familia propenda al desarrollo libre de la personalidad de los cónyuges, que se traduce en que los hombres y mujeres tienen iguales derechos y deberes en el matrimonio y con relación a los hijos. Ver Diez Picazo y Guilleon citado por Francisco Lledó Yagüe-Óscar Monje Balmaseda-Ana Isabel Herrán Ortiz-Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa-Andrés Urrutia Badiola, pp. 72-74. Disponible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principio-igualdad-juradica-476186238, consultado el 25 de agosto de 2018.

caso de disolución del matrimonio. El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a su vez, contiene una cláusula exhaustiva contra la discriminación, también prohíbe la legislación o las medidas que discriminen a las mujeres, comprendidos los ámbitos de la propiedad, la vivienda y los derechos sobre la tierra.

Sin embargo, a pesar de que existe una base axiológica importante, el régimen no ha garantizado esa igualdad que se requiere ni con los matrimonios celebrados en Panamá, ni aquellos que celebran panameños fuera del territorio nacional. Así hubo un planteamiento de la Corte en este sentido.

> Las limitaciones que impone la ley española son las denominadas "legítimas", y, en su defecto, las denominadas "mejoras" (a no confundir con las adiciones en fincas en Derecho Real) en el cual, contrariamente a lo que existe en nuestro sistema, en el sistema español existe indisponibilidad parcial del patrimonio del de cuius, las dos terceras partes de su patrimonio (arts.806 y 808 del Código Español), pero el sistema está sujeto a las limitaciones que imponga la ley (española).
>
> Es de destacar que el sistema al cual se aplican los matrimonios ocurridos en el extranjero (España), es el más enérgico de los tres, a saber, sociedad de gananciales, en lugar del de libertad (Código Civil) o participación en las utilidades (Código de la Familia), sistema éste que claramente vulnera nuestro orden público internacional, que debe respetar conforme lo estípula muy claramente el artículo 7º del Código de la Familia, contrariándose con ello el orden público nacional al pretender aplicarse una normativa que impone un régimen económico matrimonial, contrario al nuestro, orden público que constituye "la excepción o autotutela que tiene todo sistema judicial para rechazar la aplicación en el derecho judicial del foro violentaría principios fundamentales de su sistema que impiden, pues, su aplicación en dicho ordenamiento jurídico del foro" (Dr. Gilberto Boutin, "Derecho Internacional Privado", pág. 386, Panamá, 2002). Dicho criterio viene

reforzado por el segundo párrafo del artículo 9º del reiteradamente citado del Código de la Familia, es decir, la legislación panameña en materia de familia.

En base a las consideraciones que anteceden, la sentencia que se pretende inconstitucional no podía, como lo hizo, optar por un régimen económico que no se le aplicaba a los bienes de la pareja divorciada, de sociedad de gananciales, a menos que ese expresamente se hubiese pactado. El núcleo de la polémica constitucional hace referencia a una norma de derecho internacional privado. Tanto si se aplica el artículo 90 del Código Civil en relación con el régimen aplicable a los matrimonios celebrados con anterioridad al Código de la Familia, el efecto es igual, aun cuando los principios que recoge el artículo 90 se encuentran regulados en el Código de la Familia, en su artículo 9º y el artículo 10. Este artículo remite, salvo pacto en contrario, a la preferencia del régimen legal, que es el de separación de bienes, que no es el de sociedad de gananciales y mucho menos la indisponibilidad de los bienes de la herencia, por vía de la incorporación de la institución de las legítimas. La diferencia no pequeña es la que existe entre la separación de bienes y la participación en las ganancias.

Por las consideraciones que anteceden, el régimen económico matrimonial (que es el de sociedad de gananciales) no habiéndose convenido capitulaciones matrimoniales, no puede ser aplicado en Panamá, en que, a falta de capitulaciones matrimoniales, rige el régimen de participación de utilidades y aún, en matrimonios acaecidos con anterioridad a la entrada a regir el Código de la Familia, el régimen económico previsto en el Código Civil (véase artículo 1163), con arreglo a la disposición transitoria contenida en el artículo 835 del Código de la Familia, adoptado mediante Ley Nº3, de 17 de mayo de 1994.

Es evidente que el sistema de liquidación del régimen económico familiar, en su aplicación, lesiona el patrimonio del accionante al impedir la aplicación de la libertad en el patrimonio, con arreglo al artículo 835 (disposición transitoria) del Código de la Familia, y con ello se vulnera igualmente el artículo 44 constitucional.

> Por lo antes expuesto, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL la sentencia de 16 de julio de 2002, dictada por el TRIBUNAL SUPERIOR DE FAMILIA, en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, interpuesto por JULIA ESTE contra ANTFIRMA [*sic*] FORENSE ROSAS Y ROSAS, EN REPRESENTACIÓN DE ANT [*sic*] CONTRA LA SENTENCIA NO. 717 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2001, EXPEDIDA POR EL JUZGADO SEGUNDO SECCIONAL DE FAMILIA DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMA. PONENTE: ROGELIO A. FABREGA. PANAMÁ, TRECE (13) DE OCTUBRE DE DOS MIL CUATRO (2004). Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá Sala: Pleno. Ponente: Rogelio A. Fábrega Zarak. Fecha: 13 de octubre de 2004. Materia: Inconstitucionalidad. Acción de inconstitucionalidad Expediente: 587-03.

De manera que a cualquier panameño que contraiga nupcias en un país extranjero hay que aplicarle el régimen económico del matrimonio vigente en Panamá, que es separación de bienes antes de 1995 y participación en las ganancias después de 1995. Aun con las desventajas que representa la aplicación del régimen de participación en las ganancias porque es eminentemente crediticio.

VIII. La alternativa en la propiedad de la tierra para la mujer en Panamá

El régimen económico del matrimonio constituye realmente una alternativa para que la mujer acceda a la propiedad de bienes muebles e inmuebles, que en muchas ocasiones trabaja duramente junto a sus familiares. Desde la Ley 2 de 1916, hasta la Ley 3 de 1994, se vivieron muchas injusticias en el tema del régimen económico del matrimonio, porque no hay costumbre en Panamá de

celebrar capitulaciones, por tanto, rigió el sistema de separación de bienes como régimen supletorio y la mujer que no era propietaria de bienes inmuebles, a la hora del divorcio, fuera inocente o culpable, no adquiría la propiedad de ninguno de los bienes que ella misma había trabajado junto a su esposo. Tal vez, si era inocente podía pedir una pensión alimenticia. Pero los tribunales en este sentido han manifestado que hay que demostrar el estado de necesidad de la mujer, porque si tiene trabajo, no hay pensión alimenticia. De manera que la interpretación no ha sido consecuente con la norma, porque quien puede pedir la pensión es el cónyuge inocente en contra del culpable, pareciera entonces que la norma plantea una especie de indemnización, pero la realidad es otra. Con la Ley 3 de 1994, cambia un poco el panorama para las mujeres, sin embargo, las interpretaciones de los tribunales no han ayudado mucho a esa anhelada liquidación[17] de bienes que se adquieren durante la vida matrimonial.

Hemos advertido prácticas tribunalicias de no admitir la liquidación de un régimen económico del matrimonio de hecho, que ya sido dictado mediante sentencia judicial, cuando el cónyuge muerto ha dejado un testamento. Pero es que el testamento no es un título traslaticio de dominio, lo que transfiere el dominio es la sucesión terminada, porque durante el proceso se pueden presentar deudas y una de ellas puede ser la del régimen económico. De manera pues, que la situación para la mujer no ha cambiado mucho en lo que respecta a la propiedad de la tierra.

[17] En Panamá, la liquidación es un proceso totalmente distinto al divorcio. En muchas ocasiones no se solicita la liquidación por el tema de que existen hijos menores de edad de la pareja. Cuando los años pasan los hijos se van, tienen su propia familia y la mujer queda en un bien que no es suyo. Luego viene el desalojo. De manera que el hecho de la liquidación no se haga el momento que se debe hacer también a la mujer, que generalmente no es propietaria de la cada habitación de la familia.

Dentro de las alternativas que consideramos viables para solucionar este tema contemplamos las siguientes:

1. Debe existir un régimen económico primario que contemple normas claras de limitaciones a la propiedad de la vivienda familiar cuando existen crisis matrimoniales.
2. Hay que dar más docencia sobre el régimen económico de participación en las ganancias y la liquidación de este.
3. Igualmente se requieren reformas constitucionales profundas para implementar el régimen económico primario, porque con las interpretaciones que existen no se pueden acoger criterios de limitación al derecho de propiedad, porque somos del criterio de que el bloque de la constitucionalidad no lo admite.
4. Es necesario comprender en su justa dimensión que la mujer tradicionalmente no es propietaria de bienes muebles e inmuebles por razones coyunturales, económicas, políticas y por la propia composición histórica de la familia.
5. Debemos tener un equipo de peritos especializados en la materia, de manera que a la hora de la liquidación comprendan que este es un régimen distinto. Y también que lo que se adquiere al final es un crédito.

IX. Conclusiones

El régimen económico del matrimonio es una vía para que la mujer acceda a la propiedad de la tierra si ha trabajado para lograr objetivos comunes, junto a su familia. Pero para la consecución de este fin es fundamental que el régimen económico a través de la ley responda efectivamente a esa realidad, con normas e interpretaciones de los tribunales que garanticen la igualdad de derechos tan anhelada por muchas mujeres. Pero la realidad ha sido otra,

el concepto de propiedad ha sido interpretado, para el área del Derecho de familia muy restrictivamente, es decir, los distintos tribunales que imparten justicia, ya sea en la vía administrativa o judicial, han considerado el derecho de propiedad como un derecho absoluto por parte del dueño. Y esta afirmación es sustentable en los diferentes fallos que hemos analizado. De manera que el poco acceso de la mujer a la propiedad también conduce a violencia en el seno de la familia. Y esta realidad debe cambiar para lograr objetivos comunes como sociedad.

X. Bibliografía

Engels, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Archivo Marx-Engels, 2017. Disponible en www.marxists.org.

Sustaeta, Juan Ángel, *Lo urbanístico como límite del derecho de propiedad*, España, Universidad de Valencia, 1977.

Corral Talcini, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la Ley núm. 19.335 de 1994 a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Cordero Quinzacara, Eduardo, "Evolución histórica del concepto de propiedad", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* núm. XXX, Sección Historia del Pensamiento Jurídico, Valparaíso, 2008, pp. 345-385. Disponible en http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Las Mujeres y la Tierra la propiedad y la Vivienda. Derechos Humanos*. Disponible en https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/Land.aspx

Deere, Carmen Diana y Magdalena León, *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América*, Facultad de Ciencias Humanas/TM Editores, 2000.

_____, *La mujer y la política agraria en América Latina*, Bogotá, Siglo XXI Editores, 1986.

Galán, Beatriz, *Aspectos jurídicos en el acceso de la mujer rural a la tierra en Cuba, Honduras, Nicaragua y República Dominicana*, Informe de Consultoría, Roma, 1998.

Lemaitre Rippol, Julieta, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, 2009.

Machado, Absalón, *De la estructura agraria al sistema agroindustrial*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

Mantilla, Alejandro, *Obstáculos para el acceso a la tierra de las mujeres campesinas en Colombia. Diagnóstico y propuesta de acompañamiento*, Bogotá, Cinep / Programa por la Paz, 2010.

Marrero Castro, Juan Fernando, *Marco legal del acceso a la tierra rural en Venezuela*, s. e., s. l., 2010.

Martínez, Ana Iris, *Respuestas a cuestionario enviado en el marco de la realización de este estudio*, 2010.

Meertens, Donny, *Tierra, derechos y género. Leyes, políticas y prácticas en contextos de guerra y paz. Informe final de la Consultoría sobre derechos de las mujeres a la tierra*, Colombia, Unifem/Programa de Paz y Seguridad, 2005.

Marín, Yuri y Marlon Howking, "El acceso a tierra a través de compra: la experiencia de Trocaire y organizaciones sociales con familias rurales en Nicaragua. Documento de Trabajo núm. 3, UCA, Universidad Centroamericana. Instituto de Investigación y Desarrollo, abril de 2017.

Revista Iuris. Año 5 Tomo II, p. 52. Sistemas Jurídicos, Registro Judicial de mayo de 1996, p. 138.

Códigos

Código Civil de la República de Panamá.
Código de la Familia de la República de Panamá.
Código de Napoleón.

Sentencias consultadas

Acción de Inconstitucionalidad planteada por la licenciada Mariblanca Staff Wilson contra la frase "El Régimen Económico de los Matrimonios Celebrados o de Hecho" contenida en el artículo 835 del Código de la Familia. Magistrado Ponente José A Troyano. 30 de mayo de 2,00'. Corte Suprema de Justicia.

Acción de Inconstitucionalidad planeada en contra del artículo 1165 –A del Código Civil. Corte Suprema de Justicia. Fecha de la sentencia 30 de septiembre de 1987.

Acción de Inconstitucionalidad planeada en contra del artículo 1165 –A del Código Civil. Corte Suprema de Justicia. Fecha de la sentencia del 30 de septiembre de 1987.

Corte Suprema de Justicia, Panamá Sala: Pleno. Ponente: Rogelio A. Fábrega Zarak. Fecha: 13 de octubre de 2004. Acción de inconstitucionalidad Expediente: 587-03.

Sentencia emitida por el Juez Segundo Seccional de Familia del Segundo Circuito Judicial de Panamá, 18 de octubre de 2018 donde niega la división de bienes habidos dentro de la Unión de Hecho.

Consultas de la Procuraduría General de la Nación.

Nota C-No. 194, Panamá, 29 de agosto de 2000. Procuraduría General de la Nación.

4. Estereotipos de género hacia la madre adoptiva trabajadora

Héctor Oswaldo Samayoa Sosa

I. Introducción

He tenido cercanía con el Consejo Nacional de Adopciones de Guatemala, por una parte como padre adoptivo que soy, por otra porque mi trabajo diario en defensa de derechos humanos me ha llevado a tener relación profesional con funcionarios de éste. He descubierto una gran vocación en muchos de ellos, pero a su vez, una carga de frustraciones al tener que enfrentar un deficiente sistema político y económico que no les permite cumplir con su papel de forma efectiva.

El optimismo aflora en cada caso que siguen y cada adopción que ven concretarse, pero a la vuelta aparecen cientos de problemas que ha llevado a familias a retornar a los niños, niñas y adolescentes adoptados. El menú de problemas y situaciones que desmotivan es grande, resolver conlleva una amplia gama de esfuerzos multisectoriales y una voluntad política que no se vislumbra como algo a corto plazo. La niñez padece esta falta de esfuerzos y ausencia de voluntad política, lo pagan con su integridad personal, su vida y con la pérdida absoluta de poder acceder a mínimos sociales de desarrollo.

Seleccionado de ese menú amplio de problemas, me he topado con el hecho de que las mujeres que deciden ejercer su derecho de maternidad por la vía de la adopción tienen que enfrentar, además de los estereotipos ya establecidos por su condición de género, otros más que tienen relación con la condición de ser madres adoptivas. Desde legislaciones vigentes provenientes de los golpes de Estado en Guatemala en las décadas de 1970 y 1980, de comportamientos de profesionales del área social, hasta las prácticas de los propios funcionarios estatales que se suponen garantes de los derechos fundamentales.

Siguiendo mis pocos conocimientos de género, he planteado incesantemente a mis alumnas y alumnos que la mujer debe ser despenalizada por el hecho de ser mujer, y cuando me topo con otras áreas del derecho, como el civil y de familia, siempre he dicho que debe cambiar esa visión de que su papel social está condicionado por la ley, cuando lo que la condiciona es el derecho mismo ha ser libre y ha cambiar todo aquello que atente contra esa libertad.

Es por eso que me atrevo a escribir este documento, en una búsqueda de aplicar una visión de género al derecho, entendiendo que el derecho no es lo mismo que la ley, que el género desestructura al derecho y lo pone en evidencia; pero además, que ayuda a descubrir cómo las prácticas de funcionarios estatales reproducen los estereotipos por una cuestión estructural y cultural. El primer apartado se dedica a presentar brevemente estas orientaciones para proponer un abordaje desde el género y, además, que dota de un hilo conductor a los demás apartados.

El conocer la situación de la madre adoptiva trabajadora, bajo la orientación antes dicha, necesita un estudio sobre el derecho de familia, que en mi criterio debe ser relegado a ser el contenido de un derecho mucho más amplio como lo es el derecho a la familia. Con este último se pueden orientar acciones político-estatales para la garantía de su protección, además de definirlo como parte de los

derechos inherentes a la calidad de seres humanos. Esta propuesta la presento en el segundo apartado, en espera de haber logrado una innovación en torno a elementos que puedan ser profundizados posteriormente.

En el tercer apartado doy a conocer obligaciones estatales conforme el derecho de familia en vigor en Guatemala, para lo que tengo en cuenta tres aspectos: *a)* las niñas, niños o adolescentes adoptados son considerados hijas/os sin discriminación alguna; *b)* el estatus civil de una persona no condiciona su posibilidad de ser madre o padre; y *c)* el concepto de familia tradicional no se reduce a la visión clásica de matrimonio ni a la preferencia sexual de las personas.

Definido el derecho a la familia y descubiertas las obligaciones estatales, en el apartado cuatro se presentan los derechos de las madres adoptivas trabajadoras, se observa que son dependientes de un proceso que impulsa la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia introducida en Guatemala en la década de 1990, y de la adhesión del Estado a instrumentos internacionales de derechos humanos. En un quinto apartado, de forma rápida, se presenta un contexto poco conocido en la región sobre Guatemala: el tema de las adopciones internacionales acompañadas de graves violaciones al derecho. Para el efecto se cita el reciente caso Escobar Ramírez *vs* Guatemala en donde se constató que se trata de una práctica de organizaciones criminales.

Finalmente, en un ejercicio por observar que las mujeres siguen en el largo camino por la consolidación de sus derechos, en el apartado sexto refiero al caso Herrera Gutiérrez, el cual aparece como el único caso en donde una madre adoptiva trabajadora recurre al sistema judicial mediante proceso constitucional de amparo a pedir el cumplimiento de sus derechos laborales. Un proceso judicial de dos años de duración, en donde el Instituto Guatemalteco de Seguridad, con estereotipos de género desde lo estructural y lo cultural, niega estos derechos.

II. Género y derecho

El género, como categoría de análisis, permite observar y desestructurar en sus partes diversos hechos sociales, culturales, políticos, económicos, jurídicos, incluso personales, en donde se puede tanto determinar la existencia de relaciones de poder como generar procesos de incidencia para la transformación de éstas. Al estudiar el derecho desde el género se debe hacer una fina disección, generalmente orientada a poner en crisis el discurso normalizado de que al hablar de derecho se habla únicamente de leyes.

El método de estudio del derecho que plantea Alda Facio[1] desde el género identifica al fenómeno jurídico en tres componentes: el formal normativo (ley formalmente promulgada); el componente estructural (contenido que el operador le da a la ley escrita); y el componente político-cultural (validez que la sociedad le da a una norma, que quizá ya está derogada, pero pervive en las costumbres y prácticas sociales).

El componente estructural es adecuado para analizar las funciones del ejercicio del poder estatal. Esencialmente, partir desde una concepción de prestación de servicios y atención de necesidades que es integrada por varios ejes, entre ellos, las políticas sociales y económicas. Ambas son conjuntos de principios, métodos, estrategias y *decisiones* que se emiten a lo interno de las entidades estatales para, por un lado, dar pleno ejercicio al derecho fundamental de las personas y, por otro, encontrar una prestación efectiva de servicio de acuerdo con sus funciones.

Entendiendo que la política estatal se enmarca también en *decisiones* de quienes la dirigen, las políticas sociales y económicas se verán sometidas de igual forma a ese evento subjetivo de la decisión del funcionario público que, ante un caso concreto, dispone la conducción de cada una de éstas.

[1] Alda Facio, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, Ilanud, 1992, p. 65.

Este marco subjetivo permite interrelacionar el componente estructural con el componente político-cultural, especialmente en los casos del derecho dirigidos con exclusividad a las mujeres. Lucía Núñez,[2] citando a Carol Smart, identifica que el derecho crea género. De tal cuenta, sugiere que el derecho es sexista, en cuanto hay un tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres.

Desde mi interpretación, lo sexista debe ser llevado a un rompimiento del dualismo hombre-mujer, esto para colocarlo en un planteamiento sexista que diferencia también al género por incumplimiento de su papel social, en el caso de la maternidad, por ejemplo, cuando se hace un tratamiento diferenciado entre maternidad biológica y maternidad adoptiva, que será un postulado reduccionista de quienes creen que las mujeres que deciden ejercer el derecho a la adopción es por cuestiones únicamente de infertilidad, y con ello desconocen cualquier otro ámbito de la decisión. Así, será sexista en cuanto la relegación de la mujer a roles sociales de reproducción, en una interpretación patriarcal, lo que genera certeza en el postulado de que el derecho ampliamente creado por hombres es derecho masculino y contiene ese tratamiento diferenciado en reglamentos y decisiones administrativas.

III. Del derecho *de* familia al derecho *a la* familia

En el clásico estudio del derecho civil suele tomarse como punto de partida el concepto de familia para luego introducirse al derecho *de* familia. En el primero de los casos se estudia quiénes la conforman, mientras que en el segundo, el estudio abarca las regulaciones en cuanto al matrimonio, la filiación, la adopción, los derechos y obligaciones que se derivan de la consanguinidad y de

[2] Lucía Núñez, *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigación y Estudios de Género, 2018, pp. 18-20.

la afinidad, con alcances, incluso hasta figuras como la tutela, la herencia, entre otras.

En un contexto jurídico como el guatemalteco, he propuesto a la doctrina jurídica que el estudio moderno inicie con el *derecho a la familia* como condición básica que reconoce a la misma como un derecho fundamental de la persona. Así, cualquier otro evento que deba desarrollarse en el ámbito social, político, económico y jurídico, siempre debe tomar como fundamento la protección de ésta en el entendido de derecho humano. En consecuencia, se permitiría poner en crisis permanente a las diversas figuras del derecho, lo cual será consecuencia de ser el derecho *a la* familia de un nivel mayor, y por tanto obligará a la adecuación de máxima protección y atención de ésta.

El elemento fundamental para el reconocimiento del derecho *a la* familia de toda persona, descansa en la dignidad humana, fuente básica que permite establecer que la persona es el fin del Estado, y por tanto, todas las actividades políticas, económicas, sociales, jurídicas y culturales estarán dirigidas al desarrollo integral y pleno de sus capacidades. Al respecto, el artículo 1o. de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) regula la protección a la persona y a la familia como fin de la organización del Estado guatemalteco, orientado el mismo al bien común. La interpretación, en complemento con el artículo 2 de la misma CPRG, regula el deber de garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Así, el Estado y su organización deben ser orientadas a que las personas puedan convivir en pleno disfrute de sus derechos en el marco de una convivencia armónica y equilibrada (bien común), requiriendo la posibilidad de ser parte de una familia "como génesis de la cual parte y se mantiene vigente una sociedad".[3]

[3] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Expediente 803-2008*, Sentencia del 1o. de febrero de 2009.

En ese marco de regulación, la familia como actor fundante de la sociedad actúa en un plano de relaciones de poder que debe ser visto desde dos ámbitos: el primero es el endógeno que va desde padre y/o madre hacia los hijos e hijas, por lo cual ambos, en un plano de relación horizontal de poder, tienen igual conjunto de responsabilidades sobre sus hijos e hijas. Entre estas responsabilidades se encuentra el garantizar igualdad de oportunidades de acceso a derechos fundamentales que viabilicen su pleno desarrollo integral y el respeto a su dignidad. El segundo, exógeno, que tiene relación con la autoridad del Estado sobre la familia; y que aparece con un Estado que otorga y brinda las bases sociales para que lo planteado en el ámbito endógeno pueda hacerse efectivo.

Para ello, el artículo 4 constitucional regula

> En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquier que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraterna entre sí.[4]

Así, el *derecho a la familia* puede ser definido desde un punto de vista estatal, entendido como el derecho fundamental de las personas que debe ser viabilizado mediante políticas sociales, económicas y culturales, así como por normas jurídicas, que garanticen el pleno desarrollo de la sociedad y del Estado.

Mientras que, desde un punto de vista jurídico, diré que es el derecho humano de toda persona para acceder, en condiciones de

[4] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Constitución Política de la República de Guatemala con Notas Jurisprudenciales*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2018, p. 38.

igualdad, al desarrollo afectivo y material intrínseco al interés de desarrollarse plenamente como ser humano.

Puede observarse cómo las relaciones de poder, establecidas en planos endógenos y exógenos, se hacen presentes en ambas definiciones. Pero resalto, por un interés fundante, que la definición desde un punto de vista estatal parte desde un componente político, y es que, en plena segunda década del siglo XXI, en la mayoría de las constituciones y legislaciones de este continente y el europeo, por ejemplo, encontraremos el derecho de la niña a la educación, pero al observar materialmente ese derecho, seguro veremos ausencia de políticas suficientes, o bien, de marcos jurídicos no adecuados para garantizarlos.

IV. Las obligaciones estatales conforme el derecho a la familia

1. Los principios sobre los que el Estado actúa en la protección y atención de la familia

Como se ha visto, el artículo 1o. de la CPRG establece el principio general de organización del Estado para proteger a la familia. A éste debe sumarse el texto del artículo 47 de la misma CPRG que regula que el "Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia"; en el mismo sentido el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) regula que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

a. El principio de protección social abordado desde los sujetos que integran la familia

Desde las hijas o hijos. Los artículos 50 y 51 de la CPRG desarrolla la protección social de las niñas, niños o adolescentes en condición de hijo, y estable que todos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos, a su vez, que serán protegidos

en su salud física, mental y moral. Finalmente, que el Estado les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social. El artículo 54 reconoce y protege la adopción, y establece la regla general que dice: "El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante".

Desde la madre. El artículo 52 reconoce la protección del Estado sobre la maternidad y regula que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven; como ejemplo se pone al derecho social mínimo de la madre trabajadora, artículo 102, inciso *k* de la CPRG.

Desde el padre. Aunque la CPRG no regula en específico aspectos sobre el padre, sí se refiere a la paternidad responsable dentro del artículo 47 de la CPRG como evento fundante de la familia. En ese sentido, teniendo en cuenta el derecho a la familia, el concepto paternidad responsable descansa sobre la protección estatal y la promoción al estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ello se deriven. La Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha dicho que la "paternidad tiene una relación específica con la filiación, en el sentido de que se refiere a la calidad de padre, como lo es la maternidad a la calidad de madre, y la filiación implica la procedencia de los hijos con respecto de los padres en una relación de origen".[5]

[5] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Expediente 84-92*, Sentencia del 6 de junio de 1993.

Desde condiciones especiales de los sujetos. La CPRG reconoce que tanto las hijas o hijos, así como papá y mamá, pueden encontrarse en condiciones especiales de vulnerabilidad que deben ser atendidas, éstas pueden ser la condición de persona minusválida y la condición de ancianidad. Tanto el artículo 51 como el 53 generan obligaciones estatales de protección, atención y asistencia a la familia cuando sus miembros se encuentran en alguna de estas circunstancias.

2. El principio de protección jurídica abordado desde los roles sociales de los sujetos que integran la familia

El principio general de protección jurídica de la familia tiene origen convencional en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual declara que la familia tiene derecho a un nivel de vida adecuado, mientras que en el ámbito regional interamericano se reconoce la protección de la familia en el artículo 17 de la CADH. Como ya se ha manifestado anteriormente, el artículo 47 de la CPRG regula la garantía del Estado a la protección jurídica de la familia.

En consecuencia, el Estado debe implementar este principio en su legislación ordinaria y reglamentaria, teniendo como orientación, además del principio de protección jurídica, la orientación del derecho de familia desde el ámbito del derecho *a la* familia, es decir, desde la orientación de los derechos fundamentales de las personas.

Desde la condición de hija o hijo. El artículo 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Ley PINA) regula que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y, excepcionalmente, en familia sustituta, lo que ha de asegurarle la convivencia familiar y comunitaria.

Con ello el principio general de protección jurídica se desarrolla en el derecho del niño, niña o adolescente a una familia, lo que

guarda toda coherencia con el entendido del derecho a la familia ya desarrollado. De tal cuenta, se admite que las normas ordinarias y reglamentarias deben tener dos orientaciones generales: *a)* que es prioridad la familia de origen; *b)* que debe existir un mecanismo estatal por el cual, ante la imposibilidad de mantener la familia de origen, se pueda garantizar vida familiar al niño, niña o adolescente. Para esto último la misma Ley PINA regula el principio de estabilidad familiar y los derechos de asistencia estatal por carencia material y la adopción en los artículos 19, 21 y 22 respectivamente.

Como complemento para la protección jurídica de cualquier legislación ordinaria, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el principio de interés superior, el cual se ha incluido en el artículo 5 de la Ley PINA de la siguiente forma:

> El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez […] Se entiende por interés de la familia, a toda aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.[6]

El papel social de hija o hijo, a partir de lo establecido, guarda relación estricta con el hecho de crecer y desarrollarse en el seno de una familia. Esto deriva en la posibilidad de que pueda desarrollarse en la comunidad de forma plena, lo que implica la posibilidad de educación, salud, recreación, esparcimiento, vivienda, entre otros.

[6] Congreso de la República de Guatemala, *Decreto 27-2003*, Guatemala.

Desde la condición de madre y padre. El artículo 47 de la CPRG garantiza la protección jurídica de la familia, promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio y, también, conforme el artículo 48 de la unión de hecho, lo cual ha sido interpretado así por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca

> se evidencia que tanto el matrimonio como la unión de hecho son uniones por las cuales un hombre y una mujer libremente deciden crear un vínculo que nace a la vida jurídica con su reconocimiento de conformidad con la ley, que se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos con un carácter de permanencia.[7]

Sin embargo, aun si no existiere ese vínculo matrimonial o de unión de hecho, las obligaciones y derechos de la filiación paterna y materna subsisten en cuanto a las hijas o hijos, esto conforme el artículo 17.5 de la CADH, que dispone que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Es importante hacer evidente que la familia no está condicionada a una relación matrimonial o de unión de hecho, caso en el que puede encontrarse madres o padres cuyo estatus civil sea de soltería, divorcio, separación o viudez; o bien, cuando su preferencia sexual sea diversa. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Karen Atala Riffo[8] expresó que

> 142. […] constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido única-

[7] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Expediente 3846-2008*, Sentencia del 12 de marzo de 2009.

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso: Atala Riffo *vs* Chile", Sentencia del 24 de febrero de 2012, San José, Costa Rica.

> mente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

Asimismo, la Corte IDH al citar la jurisprudencia europea, en el mismo caso citado, observó:

> 143. […] En el caso Salgueiro da Silva Mouta *vs* Portugal, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).

Con ello las diversas normas ordinarias y reglamentarias deben desarrollar de forma plena los derechos y obligaciones de padre y madre, no obstante, deben tomar en consideración la facilitación de condiciones para que estos derechos y obligaciones puedan ser cumplidos. El artículo 21 de la Ley PINA regula que el Estado debe prestar asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y cuidado. Asimismo, establece la obligación de crear instituciones, instalaciones y servicios de apoyo que promuevan la unidad familiar. En este punto, las regulaciones civiles y laborales deben desarrollar las figuras adecuadas para que la persona que ha decidido ejercer el derecho a la paternidad o maternidad acceda de forma efectiva al cumplimiento de sus obligaciones y derechos que derivan de la conformación de una familia. En una exposición ordenada:

a) Principios de atención y protección de la familia.
b) Las directrices generales para el desarrollo de las normas ordinarias respecto de la familia.

c) El conjunto de enunciados de obligaciones estatales en el marco de la diligencia debida para la protección de las personas que conforman la familia.
d) El marco general de atención institucional.

V. Los derechos de la madre adoptiva trabajadora

La CPRG ha dispuesto, en su artículo 102, inciso *k*, condiciones mínimas de protección a la mujer trabajadora y la regulación de condiciones en que deben prestar sus servicios. La Constitución con vigencia desde 1985 integra estas disposiciones específicas desde una visión del derecho económico social de la revolución de 1944 en Guatemala y conquistada por la lucha incesante de las mujeres durante todo el siglo XX.

Sin embargo, la existencia misma de disposiciones constitucionales no garantiza la materialidad o cumplimiento de éstas en el plano práctico. Utilizo lo propuesto inicialmente en este documento: el derecho es sexista también cuando da condiciones de desigualdad entre personas del mismo sexo por factores de supuestos papeles sociales determinados entre ser hombre y ser mujer. Así, las disposiciones constitucionales sobre la mujer trabajadora aún siguen teniendo falta de desarrollo pleno en el ámbito normativo, político y práctico desde el plano del género y los derechos humanos.

No obstante lo señalado, Guatemala ha tenido ciertos avances que derivan de decisiones estatales en contextos específicos que son plenamente impulsados por sectores sociales democráticos. Con esto aclaro que no necesariamente el derecho y la legislación guatemalteca tienen avances importantes por plena voluntad política.

En el marco del contexto, los derechos de las madres adoptivas trabajadoras se desarrollan en Guatemala a partir de 1990, cuando el Estado ratifica la Convención sobre Derechos del Niño, se

inicia así un tránsito de cambio filosófico, doctrinario y jurídico orientado al abandono de la doctrina de situación irregular y la instalación de la doctrina de protección integral. El proceso de ratificación de dicha Convención tuvo como preludio que la CPRG desarrolle una normativa innovadora en materia de admisión del derecho internacional público y, en especial, del derecho internacional de los derechos humanos.

La doctrina de protección integral tiene su momento jurídico cúspide con la entrada en vigor de la Ley PINA en 2003, con lo que se restructura la institucionalidad estatal y se redefinen los instituto jurídicos relacionados, entre ellos el de adopción. Previo a aquella legislación, que podría denominarse *ley marco* por sus alcances y disposiciones insuperables hasta ahora en materia de niñez y adolescencia, la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño tuvo un efecto en otros derechos, como el de la maternidad y por consiguiente el de la madre trabajadora.

En 1992 el Código de Trabajo (CT) guatemalteco fue reformado mediante el Decreto 64-92 del Congreso de la República y con ello se modificó el artículo 152 del mismo, incluyendo el inciso *f* en cuyo texto se lee:

> La trabajadora que adopte a un menor de edad tendrá derecho a la licencia postparto para que ambos gocen de un periodo de adaptación. En tal caso la licencia se iniciará a partir del día inmediato siguiente a aquel en que se le haga entrega del o la menor. Para gozar de este derecho la trabajadora deberá presentar los documentos correspondientes en que se haga constar el trámite de adopción.

Esta reforma, además de ser coherente con la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, encuentra sustento en que Guatemala se adhiere al Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo y en la necesidad de desarrollar el artículo 54 de la CPRG en relación con la protección de la niñez huérfana y

abandonada, así como el artículo 102, inciso *k*, de la misma CPRG ya señalado.

Puede identificarse que la doctrina de protección integral, propia de la década de 1990 para Guatemala, tiene alcances no sólo en materia filosófica, doctrinaria y jurídica para la niñez y adolescencia, sino que tiene alcances amplios que trastocan para bien otras áreas de los derechos humanos. Sin embargo, la reforma de 199 no profundizó en la norma la protección de la madre trabajadora adoptiva a la inamovilidad laboral cuando ésta ha iniciado un proceso de adopción, o bien, el reconocimiento de que el derecho de lactancia que se traduce en un permiso laboral de entrada o salida una hora antes del horario normal de trabajo sea extendido a la posibilidad de que la madre pueda aplicarlo para efectos de mayor tiempo de adaptabilidad entre madres adoptivas e hijos/hijas adoptivas. Hoy estos dos derechos se constituyen aún en desafíos normativos, aunque en una interpretación de protección deberían ser plenamente garantizados por cualquier tribunal de trabajo y previsión social.

La plenitud de reconocimientos entre derechos de madres adoptivas o biológicas trabajadoras responde a una condición de igualdad del concepto maternidad, que como se expondrá en el siguiente apartado es un derecho independientemente de la forma de como se acceda a él.

En una suerte de enumeración, puede decirse con precisión que los derechos de las madres adoptivas trabajadoras plenamente reconocidos en el derecho guatemalteco son los siguientes:

a) Ser diferencias con respecto a sus responsabilidades familiares (artículo 151, inciso *b*, CT).
b) Al pago de su salario por el patrono, salvo que cuente con beneficios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (artículo 152, inciso *b*, CT).

c) A licencia postparto igual a 54 días siguientes a la entrega de la niña, niño o adolescente (artículo 152, primer párrafo, e inciso *f*, CT).
d) Al pago del cien por ciento de su salario (artículo 152, primer párrafo, CT).

Al respecto de la jurisprudencia guatemalteca, se encontrará con mayor frecuencia aquella relacionada a la inamovilidad de la madre trabajadora en periodo de embarazo y de su reinstalación. No así en casos de madres adoptivas trabajadoras.[9]

VI. Referencia a la situación de adopciones en Guatemala

En la década de 1970 se introdujo en la legislación guatemalteca el procedimiento de adopción por vía de la *jurisdicción voluntaria* que, según Niceto Alcalá citado por el profesor Ricardo Alvarado Sandoval y José Gracias González,[10] es un "procedimiento judicial seguido sin oposición de partes y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida".

Es así que desde 1977 hasta 2007 la adopción de niñez y adolescencia se realizó en Guatemala por vía de la jurisdicción voluntaria, la cual quedaba en trámite ante notaría y finalizaba con una resolución judicial que homologaba todas las diligencias que él o la notaria previamente habían desarrollado. Al respecto, la Corte IDH constató que "finales de 1996 sobre Guatemala, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado introducir las medidas

[9] Gustavo Orellana, "Derechos de la madre trabajadora durante el embarazo", *Revista Jurídica XVIII*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2013, p. 30.

[10] Ricardo Alvarado y José Gracias, *Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2010, p. 4.

necesarias para supervisar y controlar efectivamente el régimen de adopción de niños, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud de que por información del mismo Estado

> se ha[bía] descubierto una red de adopciones ilegales y los mecanismos para evitar y combatir esas violaciones de los derechos de los niños son insuficientes e ineficaces. Posteriormente, en 2001 el Comité de los Derechos del Niño […] expres[ó] preocupación por el porcentaje sumamente elevado de adopciones internacionales, por los procedimientos de adopción que no requieren la intervención de las autoridades competentes, por la falta de todo tipo de seguimiento y en particular por la información recibida acerca de la venta y la trata de niños con fines de adopción internacional. En virtud de lo anterior, adoptó la medida excepcional de recom[endar] […] suspenda las adopciones mientras toma medidas legislativas e institucionales adecuadas que impidan la venta y la trata de niños y establece un procedimiento de adopción que se ajuste plenamente a los principios y las disposiciones de la Convención [sobre los Derechos del Niño].[11]

La misma Corte IDH constató que para 1999 Guatemala era el cuarto país con más adopciones en el mundo, mientras que para 2006 el 95% de las adopciones que se realizaban en Guatemala eran adopciones internacionales. En el informe temático sobre adopciones que realizará la Comisión Internacional Contra la Impunidad (CICIG) se destaca

> la formación de redes de delincuencia organizada trasnacional, que tuvo como consecuencia la preocupación […] por parte de organismos internacionales, principalmente de Naciones Unidas y la suspen-

[11] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Escobar Ramírez y otros *vs* Guatemala", Sentencia del 9 de marzo de 2018, San José, Costa Rica.

sión de trámites de adopción internacional de niños guatemaltecos por parte de algunos países europeos, mediante resolución del Parlamento Europeo.[12]

El impacto de las adopciones y la suspensión en el ámbito internacional tuvieron como medidas políticas que Guatemala se adhiriera al Convenio relativo a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, lo cual fue impugnado por algunos notarios y logró suspender dicha adhesión hasta 2007, año en el cual la adhesión fue reconocida y se dio paso al Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones, mediante el cual se creó el Consejo Nacional de Adopciones (CNA) y se eliminó el trámite de jurisdicción voluntaria.

Es así como el número de adopciones en el ámbito internacional disminuyó y se inició un proceso de promoción de adopciones nacionales, orientadas ciertamente a garantizar el derecho a la familia, a la maternidad y paternidad, esencialmente, al ejercicio pleno de derechos de las niñas, niños y adolescentes declarados en adoptabilidad por juez competente y bajo procedimiento administrativo a cargo del CNA.

VII. Protección judicial de la madre adoptiva trabajadora (caso Herrera Gutiérrez)

En 2015 se dio inicio al proceso de adopción en el que la señora Herrera Gutiérrez solicitó al CNA ser ella y su esposo admitidos como familia idónea para la adopción de una niña mayor de cuatro años. Dicho proceso administrativo concluyó en 2016, cuando

[12] Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, *Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones*, Guatemala, 2010, p. 18.

el CNA le notificó que fueron seleccionados como familia adoptiva y cuyo proceso de socialización y convivencia se desarrollaría a partir del 10 de octubre de dicho año. Con tal resolución, se dirigió al Departamento de Auditoría de Servicios de Salud del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) para hacer ver su situación y solicitar se emitiera resolución en donde se dispusiera la licencia efectiva de 54 días y el pago del cien por ciento de su salario de conformidad con el artículo 152, incisos *b* y *f*, del Código de Trabajo guatemalteco.

Sin embargo, el mismo CNA indicó que desde la existencia de esta entidad (2007) a la fecha, el IGSS no había otorgado tal licencia y prestación de salario, lo que se comprobó cuando aquel departamento del IGSS notificó de la siguiente manera:

> Que se reconocen los derechos que el Código de Trabajo confiere a la madre trabajadora y que están contenidos en el artículo 152 incisos a), b), c), d) y f) del Código de Trabajo, y por ello ha emitido los reglamentos que norman el proceder. *Que la propia ley citada impone que en el presente caso, se deberán observar los reglamentos institucionales, pero aquí en el Instituto, no existe reglamento aplicable al caso que nos ocupa*, por lo que se interpreta que la concesión que otorgan los incisos b) y f) del Código de Trabajo en su artículo 152, corresponden otorgarla obligatoriamente al patrono, a quien compete autorizar la suspensión de labores y pago de prestaciones, no así al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. *Derivado de lo anterior, este Departamento no puede legalizar la suspensión de labores solicitada por el riesgo de maternidad*…[13] [las cursivas son nuestras].

Bajo estos componentes el IGSS, conociendo que la ley promulgada es protectora y prepondera el derecho de la maternidad

[13] Departamento Administrativo de Auditoría de Servicios de Salud del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, *Nota cero dos mil ciento cincuenta y cuatro*, Guatemala, 2016.

adoptiva, no logra abandonar los componentes estructurales y político culturales, puesto que reproduce el posicionamiento de desigualdad de la mujer en el constructo social, en los siguientes términos:

a) Cuando la autoridad interpreta que es el patrono y que es con quien la mujer debe de tramitar aquel permiso y beneficio salarial, coloca en desventaja a la trabajadora, sometiéndola a una suerte de negociación de sus derechos laborales, en donde puede terminar cediendo en ciertos ámbitos para lograr mantener su empleo y sus ingresos económicos.

b) La expresión de que no existe reglamento aplicable para el caso crea el plano de desigualdad entre maternidad biológica y maternidad adoptiva, puesto que el Acuerdo 410 de la Junta Directiva del IGSS establece en sus artículos 22 y 25 los derechos y su cumplimiento por parte de dicho Instituto ante la maternidad. "Seguramente por ello, el Acuerdo 410 […] cuando regula sobre maternidad, no hace distinción entre maternidad biológica y maternidad adoptiva, pues es un concepto único, de superioridad y protegido constitucionalmente".[14]

c) El ente administrativo vulnera el derecho de toda mujer a ser libre de cualquier forma de discriminación.

El caso Herrera Gutiérrez es el primer caso después de diez años de vigor del actual sistema de adopciones en que se accede a la solicitud de protección del derecho por la vía del proceso judicial de amparo de los derechos de la madre adoptiva trabajadora. En la alegación de derecho expone como base de sus argumentos

[14] Memorial de interposición de Amparo Nuevo en Centro de Servicios Auxiliares de Administración de Justicia, *Grisel Susana Herrera Gutiérrez solicita amparo en contra de Jefe de Departamento de Auditoría de Servicios de Salud del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social*, Guatemala, 2016, p. 4.

jurídicos y doctrinarios que ella, como mujer, tiene derecho a la igualdad y a la protección de la ley y ante la ley, esencialmente expone

> toda mujer tiene derecho de reclamar ante la autoridad el cambio de prácticas, costumbres o roles sociales que se identifican como normales, pero que atentan contra la dignidad, son discriminatorios o atentan contra la igualdad […] históricamente en el país se dan prácticas que han vulnerado a las mujeres por condicionarlas a roles sociales.[15]

A su vez, en la exposición jurídica de sus argumentos en la interposición del amparo permite darle sustento a mi exposición inicial de este documento, sobre derecho *a la* familia, así como a la vinculación estrecha entre el contexto de internalización entre la doctrina de protección integral y las reformas que de esta derivaron, todo ello descubierto en el siguiente argumento:

> cabe preguntar si cuando el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala funda el reconocimiento de la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad, hacía referencia únicamente a las familias que se conforman por reproducción biológica. La respuesta emitida por la misma regulación suprema de la carta magna evidencia que la familia, como concepto, no puede ser definida únicamente por aspectos de consanguinidad, pues el artículo 54 de la Constitución reconoce que "El Estado de Guatemala reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados". En tanto la Constitución Política de la República de Guate-

[15] Juzgado Cuarto de Trabajo y Previsión Social del Departamento de Guatemala constituido en Tribunal de Amparo, "Sentencia Amparo 01022-2016-00089", Guatemala, 2016, pp. 5-6.

> mala reconoce al adoptado como hijo del adoptante, le hace parte del concepto de familia, con lo cual, de conformidad con el *artículo 47 de la misma carta magna*, el Estado debe garantizarle su protección social, económica y jurídica. En ese mismo sentido interpretativo, la actuación de la autoridad recurrida, incurre en una violación de ACCESO MATERIAL al principio de Interés Superior del Niño, establecido en el *artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño*, en concordancia con el *artículo 51 de la Constitución Política de la República*, pues al negar a la madre adoptiva el acceso a ser suspendida de labores por derecho de la licencia postparto, reconocido formalmente por el Código de Trabajo guatemalteco, en cuanto a un periodo de adaptación entre adoptado y adoptante, niega la posibilidad material de iniciar y consolidar los primeros lazos afectivos que configuran una relación familiar, que en todo caso, como indica la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en su expediente 803-2008, la regulación constitucional guatemalteca reconoce y fomenta la organización de la familia, como génesis de la cual parte y se mantiene vigente una sociedad.[16]

Luego de cuatro meses de litigio, la juez Cuarto del Juzgado de Trabajo y Previsión Social del Departamento de Guatemala sentenció, en una resolución débil en cuanto a argumentos de género y derechos humanos, que "el legislador previó el acontecimiento que la mujer trabajadora acceda a la maternidad, sin diferenciar si es de manera biológica o adoptiva y si bien regula los supuestos laborales y de previsión social que pueden suscitarse en ambas, no restringió, tergiversó o menoscabó el derecho que tiene la madre biológica o adoptiva a un descanso postnatal remunerado". Por lo que declaró "se otorga en definitiva el amparo solicitado".[17]

[16] Memorial de interposición de Amparo Nuevo en Centro de Servicios Auxiliares de Administración de Justicia, *op. cit.*, p. 5.

[17] Juzgado Cuarto de Trabajo y Previsión Social del Departamento de Guatemala constituido en Tribunal de Amparo, *op. cit.*, pp. 14 y 18.

Los efectos de esta resolución ya con posibilidad de ejecución luego de dos años de proceso de apelación ante la Corte de Constitucionalidad devienen en vitales para la consolidación del derecho de la mujer adoptiva trabajadora, toda vez que sientan precedente en tres direcciones: *1)* El cambio de prácticas sexistas desde lo político cultural de los funcionarios estatales; *2)* La obligación de extender a la maternidad adoptiva todas las protecciones y derechos que tiene la maternidad biológica en el ámbito de su aplicación; y *3)* Procurar la necesidad del cambio de normativa interna administrativa de las distintas instituciones estatales para proteger todo ámbito de derecho de la maternidad.

VIII. Conclusiones

1. El género como categoría de análisis permite orientar un abordaje no sólo desde el texto de las leyes, sino desde las interpretaciones y prácticas de los funcionarios estatales ante regulaciones específicas orientadas a los derechos de las mujeres. Con ello, se descubre que en el caso de las mujeres adoptivas trabajadoras éstas son sometidas a condiciones de desigualdad bajo tres estereotipos: *a)* no son consideradas madres por no ser desde lo biológico; *b)* el derecho de familia se compone por un ejercicio maternal desde una relación tradicional en donde hay decisión de concebir y pro crear hijos/as, por lo que la adopción es un hecho de caridad; y *c)* no se tiene acceso a una atención de seguridad social, pues no *sufre el parto* que requiere atención médica.
2. Es importante que se desarrolle un estudio del derecho *a la* familia, el cual coloca en un plano de igualdad a todas las personas que integran una familia y les permite visualizar que éste es un derecho que el Estado tutela y gestiona debidamente su protección. Así, en un diferencia sustantiva con

el derecho *de* familia, aquél admite que los elementos que componen este último pueden ser cambiados progresivamente para que tutelen de mejor forma el derecho humano a la familia. Se dota así de un marco de acción política más amplio.

3. Desde el derecho a la familia, no sólo la familia en entendido tradicional del concepto puede ejercer los derechos que de ella se derivan, sino cualquier persona sin importar su estatus civil y su preferencia sexual. Con ello, debe teorizarse sobre el derecho a la familia de un hombre soltero que decide adoptar, desarrollando que éste tendrá derecho a un descanso posadopción para la adaptabilidad, el cual deberá mínimamente ser igual al del posparto, entre otros.
4. El sistema de adopciones de Guatemala aún no se consolida en toda la institucionalidad estatal, no por factores netamente jurídicos o por la necesidad de cambios de doctrina de protección sino por estereotipos que provienen de lo cultural y estructural, subsistentes en los funcionarios y en las prácticas administrativas de éstos.
5. El Caso Herrera Gutiérrez se constituye en el precedente laboral y de previsión social propicio para que las mujeres guatemaltecas promuevan nuevas disposiciones administrativas, legislativas y judiciales en cuanto a la maternidad, tanto biológica como adoptiva, en especial de las madres trabajadoras.

IX. Bibliografía

Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, Costa Rica, Ilanud, 1992.

Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, *Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones*, Guatemala, 2010.

Orellana, Gustavo, "Derechos de la madre trabajadora durante el embarazo", *Revista Jurídica XVIII*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2013.

Núñez, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigación y Estudios de Género, 2018.

Alvarado, Ricardo y José Gracias, *Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2010.

Casos nacionales e internacionales

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 84-92, Sentencia del 24 de junio de 1993.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 803-2008, Sentencia del 1 de febrero de 2009.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3846-2008, Sentencia del 12 de marzo de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Atala Rifo *vs* Chile", Sentencia del 24 de febrero del 2012. San José Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Escobar Ramírez y otros *vs* Guatemala", Sentencia del 9 de marzo de 2018. San José, Costa Rica.

Juzgado Cuarto de Trabajo y Previsión Social del Departamento de Guatemala constituido en Tribunal de Amparo. "Sentencia Amparo 01022-2016-00089", Guatemala, 2016.

5. Jurisprudencia constitucional guatemalteca con perspectiva de género

Angélica Yolanda Vásquez Girón

I. Introducción

El pensamiento jurídico aplicado en la resolución de casos, en especial en materia constitucional, ha ido evolucionando en materia de género, al tomarse conciencia del trato desigual que ha tenido la mujer a lo largo de la historia, de su exclusión en la toma de decisiones sociales y su estado de vulnerabilidad frente a la hegemonía del hombre, así como la aplicación del control de convencionalidad con relación a los Tratados Internacionales de protección de los derechos de la mujer y la resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el presente trabajo se hace un breve análisis sobre los criterios jurisprudenciales más relevantes emitidos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala con relación a la protección de los derechos de la mujer y la búsqueda de la equidad en la toma de decisiones dentro de la sociedad, la familia y sí mismas.

II. Perspectiva de género, evolución del pensamiento

Según la profesora Juana Camargo, la perspectiva de género "establece una teoría social que trata de explicar las características,

relaciones y comportamientos sociales de hombres y mujeres en sociedad, su origen y su evolución, destacando la existencia real del género femenino y masculino, *sin dominio de uno sobre el otro*, sin jerarquías y sin desigualdades".[1]

Es decir que la teoría de la perspectiva de género busca encontrar equilibrio en la toma de decisiones, públicas o privadas, de todos, hombres y mujeres, en igualdad de condiciones, con el mismo valor y con el mismo respeto de sus derechos en todos los ámbitos de la vida. La capacidad que se tiene de vivir dignamente y con las mismas oportunidades, educación, capacidades y competencias.

La evolución del pensamiento humano en relación con la igualdad de todos los seres en la toma de decisiones y en el ejercicio del poder se ha ido desarrollando poco a poco, no ha sido algo que, en la constitución de sociedades, se haya dado en forma espontánea. Es así que hubo que emitir una Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano para poder hacer ejecutable esa igualdad; muy pocos conocen que, en aquella época (1789), también hubo una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, emitida por Olympia de Gouges, cuando se excluyeron sus propuestas en la declaración oficial. A partir de ese momento se da una lucha de parte de movimientos sociales para el reconocimiento de los mismos derechos de todos los seres humanos, lo que suscitó convenciones internacionales que buscaron encontrar ese equilibrio.

La tarea de los Tribunales Constitucionales de resolver con perspectiva de género los casos que se le presentan no es fácil, ya que implica realizar un estudio profundo que le permita encontrar ese equilibrio, detectar e identificar cuándo se produce y cuándo no se produce desigualdad y efectuar la armonización la interpretación jurídica que debe hacerse en cuanto a la incorporación de

[1] Juana Camargo, Género e investigación social. Curso de formación en género. Módulo 2. Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá/Unicef/ Editora Sibauste, 1999, p. 29.

los estándares internacionales y los principios especiales que sustentan las distintas áreas del derecho.

La jurisprudencia es la que da vida y hace ejecutables las normas constitucionales y las herramientas con las que cuentan los tribunales constitucionales para resolver estos casos complejos; son los tratados y convenios internacionales que señalan estándares mínimos de protección, como la Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, Brasil. Así como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la sentencia emitida en el Campo Algodonero, caso González y otras contra México, o las recomendaciones y observaciones que hacen los Comités de Derechos Humanos y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

III. Criterios jurisprudenciales emitidos desde la perspectiva de género

Para efectuar el analisis de la jurisprudencia sentada por la Corte de Constitucionalidad con perspectiva de género, a continuación se hará el enunciado del criterio emitido, una parráfrasis del caso y un resumen de lo resuelto, presentando los fallos en forma cronológica, iniciando por la sentencia más antigua hasta llegar a la más reciente.

1. Disposiciones legales que tienen distinciones injustificadas

Exhortativa al Congreso de la República de Guatemala a reformar todas aquellas disposiciones legales anacrónicas que mantienen distinciones injustificadas basadas en el género. En la sentencia de 1o.

de junio de 2010 emitida dentro del 794-2010, la Corte del Constitucionalidad de Guatemala declaró con lugar la inconstitucionalidad general parcial presentada contra el inciso *3* del artículo 89 del Código Civil, que establecía que para que una mujer pudiera contraer nuevo matrimonio debía esperar

> 300 días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, porque viola el artículo 4o de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que debido a los avances de la biología y genética molecular, los análisis de ADN (ácido desoxirribonucleico) para determinar paternidad, maternidad y otros niveles de parentesco, en la actualidad son cosa de rutina.

La prueba de ADN se encuentra hoy disponible para el público en general, ya sea para confirmar una sospecha, presentar pruebas en un juicio o simplemente satisfacer la curiosidad, por lo que no es necesario que la mujer tenga que esperar para contraer nuevas nupcias, condición que la colocaba en una desigualdad actualmente injustificada frente al hombre. En dicha sentencia se indica que con base en la recomendación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la visita realizada a Guatemala en 2003, así como el CEDAW, han llamado la atención al Estado sobre la necesidad de reformar la legislación con el fin de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer.[2]

En esta sentencia se hace el llamado de atención al Organismo Legislativo a revisar y eliminar las normas que contengan disposiciones discriminatorias hacia la mujer a la luz del control de convencionalidad y el artículo 4o de la Constitución, derecho de igualdad.

[2] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia del 1 de junio de 2010, expediente de inconstitucionalidad general parcial 794-2010. Disponible en http://143.208.58.124/Sentencias/809660.794-2010.pdf

2. Orden de apellidos

Los padres y madres pueden elegir colocar primero el nombre de la mujer y luego el del hombre de su hijo primero, debiendo seguir ese mismo orden con los demás. En la sentencia del 27 de abril de 2011, dictada dentro del expediente de inconstitucionalidad general total 812-2010 promovida por la que se objetó la circular 31-2009 emitida por el Registrador Central de las Personas, el 3 de septiembre de 2009, en la que se establecía como orden de designación del apellido de las personas primero el del padre y, en segundo lugar, el de la madre, la Corte de Constitucionalidad consideró que el Registro aludido invadió la competencia de reforma de la ley que corresponde únicamente al Congreso de la República, ya que el artículo 4o. del Código Civil no establece un orden en la formación del nombre de las personas, por lo que tal circular vulnera el artículo 171 de la Constitución, al hacer un análisis que el nombre es un derecho humano relacionado con el derecho a la identidad y que corresponde a cada individuo como medio de identificación en las esferas familiares, sociales, jurídicas y demás. La existencia de tal elemento trae consigo el derecho de los padres de elegir cuál será el nombre que identificará a su hijo, debiendo entenderse que, a menos que la dinámica social imponga un motivo razonable, los progenitores quedan en la facultad de elegir el orden en el que se deberán consignar los apellidos en el Registro correspondiente. Esa es la corriente actual que armoniza con la demanda efectuada a los Estados de eliminar toda forma de discriminación.[3]

Con este fallo se atenúa el sistema patriarcal al permitir la posibilidad de hacer perdurar el apellido de la mujer.

[3] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente de inconstitucionalidad general parcial 812-2010. Disponible en http://143.208.58.124/Sentencias/816963.812-2010.pdf

3. Medidas positivas

Las prácticas discriminatorias arraigadas socialmente en el país deben compensarse con medidas positivas, que constituyan mecanismos de protección de grupos discriminados, para garantizarles el efectivo goce y ejercicio de sus derechos. En el dictamen emitido el 11 de julio de 2014, dentro del expediente 5352-2013, formado por la solicitud presentada por el presidente del Organismo Legislativo, con fundamento en el Acuerdo 5-2013 del Congreso de la República, por la que requiere que se emita dictamen acerca del proyecto de decreto que dispone aprobar reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente, en la cual se propone la reforma, entre otros, del artículo 212 de la Constitución, en el sentido de que las planillas de postulación de candidatos a puestos de elección popular, deberán garantizar la participación equitativa de hombres y mujeres, ninguno de los géneros podrá tener una representación inferior al 30% en las planillas para la elección de Diputados al Congreso de la República de Guatemala, tampoco podrán ser postuladas más de dos personas del mismo género, de manera consecutiva. En los distritos y circunscripciones cuya composición étnica sea mayoritariamente maya, xinca o garífuna, no menos de 30% de sus candidatos deberán ser personas de estas etnias. El Registro de Ciudadanos no inscribirá las planillas de candidatos que incumplan el presente requisito. En dicha resolución se emite DICTAMEN FAVORABLE en cuanto a la reforma del artículo 212, con excepción de la palabra "mayoritariamente", en referencia a los grupos étnicos en los distritos y circunscripciones en los que haya de observarse la cuota electoral prevista, respecto de lo cual se DICTAMINA DESFAVORABLEMENTE, para lo cual se analizó que en Guatemala la realidad de la participación ciudadana a nivel político-electoral resalta en términos generales, bajos índices porcentuales en lo que respecta a mujeres e indígenas, pues su participación en los distintos procesos

eleccionarios, tanto en lo que atañe a la postulación de candidatos como a la designación de autoridades, no se acerca siquiera a la cuarta parte (25%) del total de candidaturas o cargos electos, a pesar que la población guatemalteca está conformada por un alto porcentaje de mujeres (51.10%) e indígenas (40%), cuya intervención en el ejercicio de las funciones estatales se hace imprescindible en el contexto de una sociedad en la que se proclama la universalidad de los derechos, libertades, oportunidades y responsabilidades (artículo 4o. constitucional), aunado a que —es preciso reiterar— el carácter democrático y representativo de la forma de gobierno se sustenta, esencialmente, en la participación activa de los distintos sectores de la población, quienes, además de hacerse escuchar, habrán de tener intervención directa en la toma de decisiones y en la ejecución de las políticas públicas que se dirijan a hacer realidad los mandatos constitucionales. Así las cosas, indagar acerca de las causas de la escasa participación política de mujeres e indígenas exigiría analizar la compleja estructura sociocultural que impera en la actualidad, sin desatender los acontecimientos de la historia que han dado lugar a la conformación de la nación guatemalteca; en tal sentido, sería necesario inquirir sobre la situación de exclusión que, en lo que atañe al ejercicio de los derechos políticos, podría existir con relación a determinados sectores de la población, lo que demandaría examinar, incluso, los intereses y opciones de las organizaciones políticas y del propio electorado. En todo caso, se trata de una situación que ha sido puesta de manifiesto en el ámbito nacional, reconociéndose a la vez la necesidad de identificar soluciones que reviertan sus efectos nocivos. Advierte que la regulación meramente formal de la igual participación política no ha servido como instrumento efectivo que aminore la desigualdad material entre hombres y mujeres, y entre indígenas y no indígenas, en el acceso a cargos de poder público. En otras palabras, la práctica social y política demuestra que las mujeres y los indígenas no cuentan con las mismas posibilidades, frente a hombres y no indígenas, de acce-

so a puestos de poder ni de participación en la toma de decisiones o, incluso, de consideración de sus capacidades para ocupar cargos de elección, por lo que es necesario implementar "medidas positivas", "medidas especiales temporales" y "cuotas", de ahí el surgimiento de la reforma de la legislación electoral a "medidas efectivas". Cabe señalar que tales mecanismos son recogidos en distintos instrumentos internacionales, por ejemplo, se puede citar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se trata de acciones que pretenden sortear las barreras de exclusión que existen más allá del ámbito meramente normativo, es decir, en la realidad social, para así optimizar el valor igualdad que la Constitución consagra. En tal sentido, las acciones positivas, en su claro interés compensatorio frente a prácticas discriminatorias arraigadas socialmente, se apoyan en una diferenciación que puede redundar en un trato preferente, como mecanismo de protección, de los grupos discriminados, a fin de garantizarles el efectivo goce y ejercicio de los derechos que, estándoles plenamente reconocidos a nivel normativo, de otro modo les sería extremadamente difícil, sino imposible, alcanzar en el plano fáctico; por ende, se vislumbran como mecanismos necesarios para hacer realidad los valores que sustentan y legitiman al sistema democrático. Cabe señalar que si bien el ordenamiento constitucional guatemalteco no alude expresamente a estas acciones, su compatibilidad con el texto supremo se funda en el reconocimiento universal, es decir, para "todos los seres humanos", de los derechos y libertades inherentes a su dignidad y de la garantía de igualdad de oportunidades y responsabilidades para hombres y mujeres (artículo 4o.), condiciones que, sólo de hacerse efectivas en el plano material, además de asegurar el desarrollo integral de la persona (artículo 2o.), permiten el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (artículo 1o.) y avalan el carácter republicano, democrático y representativo del sistema de gobierno (artículo 140). En ese orden de ideas, las acciones positivas se apoyan en una realidad que, más allá del tenor legal, evidencia

prácticas discriminatorias que reclaman mecanismos efectivos que aseguren un igual ejercicio de los derechos que la Constitución consagra, siendo precisamente esa realidad el elemento que justifica y hace exigible la adopción de la medida.[4]

En este dictamen se explica en forma amplia cuál es la necesidad y pertinencia de implementar medidas positivas para lograr la equidad en la participación política de la mujeres y los grupos originarios; lamentablemente el Congreso de la República no continuó con el trámite de estas reformas y ha propuesto nuevas que no incluyen ésta.

4. Protección a la mujer embarazada

La mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección de su trabajo, porque la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar los derechos que tiene la mujer embarazada o en periodo de lactancia, a gozar de estabilidad laboral. En resolución del 28 de noviembre de 2016, dictada dentro del expediente de apelación de sentencia de amparo 3081-2016, la Corte de Constitucionalidad analizó la denuncia de violación a la debida tutela judicial por estimarse que existió una incorrecta aplicación del principio *in dubio pro operario* que el empleador, un ente del Estado, señalaba se había cometido dentro del juicio ordinario laboral promovido en su contra y por el que se le ordenó la reinstalación y el pago de los salarios y demás prestaciones a una trabajadora. La Corte declaró sin lugar el recurso de apelación y confirmó la denegatoria del amparo indicando que la Convención Sobre

[4] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, dictamen emitido el 11 de julio de 2014, dentro del expediente 5352-2013. Disponible en http://143.208.58.124/Sentencias/825943.5352-2013.pdf

la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el Código de Trabajo han establecido una protección especial para aquellas trabajadoras que se encuentran embarazadas o en periodo de lactancia. Por ende, aparte de la prohibición que tiene el empleador de despedir a las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia (salvo el caso de la comisión de una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según los artículos 77 y 151 del Código referido), también se le otorgó el derecho a toda aquella mujer que es despedida en contra de lo regulado en el artículo 151 mencionado, a ser reinstalada en el puesto que desempeñaba, con el pleno goce de todos sus derechos. El Tribunal constitucional destaca que la regulación especial del Código de Trabajo busca la tutela directa de la mujer en su condición de madre, estableciéndose por ello la prohibición de ser despedida, salvo que sea por causa justificada. Con base en lo anterior, este Tribunal ha establecido la doctrina legal que indica que la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección de su trabajo, porque la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar los derechos que tiene la mujer embarazada o en periodo de lactancia a gozar de estabilidad laboral. Por lo tanto, debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora que se encuentre en estado de embarazo, o en periodo de lactancia, tal como lo establece la legislación guatemalteca, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente.[5]

Este criterio ha sido reiterado en varias sentencias, con el cual se hace cumplir la protección especial que gozan las mujeres trabajadoras.

[5] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia del 28 de noviembre de 2016, dictada dentro del expediente de apelación de sentencia de amparo 3081-2016. Disponible en http://143.208.58.124/sjc/

5. Aplicación del bloque de constitucionalidad

Los tribunales de justicia deberán atender las circunstancias particulares del caso y brindar la protección efectiva que exige la normativa internacional, en aplicación de las disposiciones específicas que tutelan las características de las víctimas, tomando en cuenta que su inobservancia conlleva vulneración de los derechos que garantiza la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En sentencia del 6 de febrero de 2017, emitida dentro del expediente del amparo en única instancia 4136-2016, la Corte de Constitucionalidad conoció sobre la denuncia de violación a los derechos de defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, presentada por el Ministerio Público dentro de un proceso penal tramitado por el delito de violación a una adolescente con discapacidad mental, y otorgó el amparo al considerar que la actuación misma de los órganos jurisdiccionales (tanto durante el trámite del proceso como en la resolución que pone fin al conflicto) responde a la garantía de un específico derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que hace que la delimitación de aquellas cuestiones se perfile aún más imprecisa y exige, con el mayor ahínco, mesura y autolimitación en el quehacer del Tribunal de Amparo (es decir, como señala en sentido ilustrativo la doctrina autorizada, exige la meticulosidad de una "microcirugía", para no afectar aquello que no es materia de la justicia constitucional). En suma, cuando se trata de actuaciones judiciales, el amparo se circunscribe a intervenir ante la amenaza o lesión a los derechos que la Constitución, el bloque de constitucionalidad o el resto del orden jurídico reconocen y garantizan. Como instrumento de tutela judicial efectiva, el recurso de casación —como cualquier otro medio de impugnación— responde, por igual, a la función de garantía que se reconoce a dicho derecho fundamental; de esa cuenta, sin entrar en la discusión del conflicto material, el Tribunal de Amparo ha de dirigir su labor a verificar que el pronunciamiento del tribunal

de casación haya proveído tutela en los términos constitucionalmente exigidos. Con base en los artículos 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; 173 y 174 del Código Penal, existen medidas especiales de protección en materia penal para grupos vulnerables, entre los que se encuentran, precisamente, mujeres y personas con discapacidad. En ese sentido, a juicio de la Corte, adquieren especial relevancia y cuidado los casos como el que ahora se analiza, en el que la víctima del hecho criminal posee ambas características de vulnerabilidad —mujer con discapacidad mental—, puesto que los tribunales de justicia deberán atender las circunstancias particulares del caso, brindando la protección efectiva que exige la normativa internacional, en aplicación de las disposiciones específicas que tutelan las características de las víctimas, tomando en cuenta que su inobservancia conlleva vulneración de los derechos que garantiza la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En ese orden de ideas, al efectuar el estudio del acto señalado de agraviante, se advirtió que, en efecto, como denuncia el Ministerio Público, al declarar improcedente el recurso de casación, la autoridad cuestionada no efectuó un razonamiento fundado de los motivos por los cuales decretó en el caso en concreto la inaplicación de la agravación de la pena contenida en el numeral *2* del artículo 174, al optar por aplicar únicamente el tipo penal regulado en el artículo 173, ambos del Código Penal, lo cual vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso constitucionalmente garantizados.[6]

Esta sentencia establece cómo en los casos de grupos vulnerables los jueces y magistrados tienen la obligación de analizar de

[6] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de Sentencia del 6 de febrero de 2017, emitida dentro del expediente del amparo en única instancia 4136-2016. Disponible en http://143.208.58.124/sjc/

forma exhaustiva y minuciosa, conforme la teoría de la microcirugía judicial, todos los detalles para emitir sus fallos, tomando en cuenta los aspectos que hacen vulnerables a las personas.

6. Control de convencionalidad

Exhortar a los tribunales de la jurisdicción ordinaria a efecto de que ponderen sus decisiones de acuerdo con los fines y valores de los instrumentos normativos internacionales y realicen, respecto de la aplicación de la preceptiva contenida en la legislación interna, el correspondiente control de convencionalidad en sus resoluciones, con el objeto de no soslayar, en aquella labor de aplicación, las obligaciones que dimanan de esta normativa de superior jerarquía y de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, como ocurre en el caso bajo análisis, por tratarse de un caso de violencia, tanto física, como sexual, ejercida contra una mujer, habiéndose atentado contra su integridad e incluso contra su vida. En sentencia del 6 de diciembre de 2017, emitida dentro del expediente de amparo en única instancia 11-2016, la Corte de Constitucionalidad conoció sobre la violación a los derechos de defensa, libertad, justicia, tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica que denunció el condenado en un proceso penal tramitado por los delitos de violación y femicidio en grado de tentativa, en concurso ideal, en el que se denegó el amparo al considerar que la decisión objetada está fundamentada; sin embargo hace exhortativa en virtud de que no pueden pasar inadvertidas las afirmaciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, al emitir el acto objeto de reproche, por el cual declaró improcedente el recurso de casación, por motivo de fondo, instado por el procesado, relativas a que de la plataforma fáctica respectiva, no quedó acreditado que las acciones delictivas endilgadas al sindicado hayan sido realizadas "en relación desigual

de poder entre hombre y mujer", aún y cuando un estudio de la normativa nacional e internacional que regula la materia, desde la perspectiva de género, alude a que dichas relaciones desiguales no deben ser comprobadas, en tanto han existido históricamente, como ya se ha apuntado.[7]

Este fallo es importante por la exhortativa que se hace a los tribunales de justicia para que, al resolver, tomen en cuenta la perspectiva de género, con base en las relaciones de desigualdad que han existido históricamente.

7. Papel de cuidador también del padre

Corresponde al legislador ordinario determinar, regular y equiparar los posibles derechos que podrían corresponder al padre biológico y al padre adoptante, creando para el efecto el apartado respectivo en el Código de Trabajo. En sentencia del 14 de diciembre de 2017, emitida dentro de la acción de inconstitucionalidad general parcial, por omisión relativa, promovida por estudiantes de Derecho de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, que denunciaban la contravención del artículo 152, inciso *f*, del Código de Trabajo con el artículo 4o. constitucional, por omitir los derechos del padre trabajador a gozar del mismo periodo de adaptabilidad que tiene una madre con un niño o una niña adoptado, la Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar la acción planteada al considerar que la norma cuestionada de inconstitucionalidad por omisión relativa desarrolla derechos de la madre trabajadora y lo hace dentro del título cuarto, capítulo segundo del Código de Trabajo referente al trabajo de mujeres y menores

[7] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia del 6 de diciembre de 2017, emitida dentro del expediente de amparo en única instancia 11-2016. Disponible en http://143.208.58.124/sjc/

de edad y al encontrarse situada en el apartado antes señalado se reconoce y protege el derecho de la madre trabajadora adoptante, y se le equipara a los de la madre biológica, a efecto que pueda gozar de un periodo de adaptación (licencia posparto), con el niño adoptado. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que en el caso concreto no podría reprocharse a la disposición que regula derechos de la madre trabajadora una omisión relativa, al señalar que se omitió la regulación de los derechos del hombre trabajador en igualdad de circunstancias. La norma reprochada contiene una disposición en la que se pretende proteger y equiparar los derechos entre la madre adoptante y la madre biológica (los cuales se encuentran protegidos y regulados en el Código de Trabajo), por lo que no podría estimarse que en esta existe una omisión inconstitucional al no reconocer al padre adoptante un derecho a su favor. Además de lo anterior, se considera importante señalar que: *a)* esta norma no es la que reconoce el derecho al descanso posnatal de la madre trabajadora sino la que equipara los derechos de la madre adoptante a aquéllos; *b)* si bien, puede estimarse aconsejable que tanto el padre biológico como adoptante tengan un derecho a un descanso posterior al nacimiento a adopción, corresponde al legislador ordinario determinar, regular y equiparar los posibles derechos que podrían corresponder al padre biológico y al padre adoptante, creando para el efecto el apartado respectivo en el Código de Trabajo.[8]

En este fallo, si bien la Corte de Constitucionalidad no analizó el fondo del cuestionamiento planteado, sí indicó que corresponde al legislador equiparar los posibles derechos que podrían tener los hombres con relación a las mujeres en cuento al cuidado de los hijos.

[8] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia del 14 de diciembre de 2017, emitida dentro de la acción de inconstitucionalidad general parcial, por omisión relativa 2949-2016. Disponible en http://143.208.58.124/sjc/

IV. Conclusión

La jurisprudencia constitucional guatemalteca con relación a la perspectiva de género ha ido evolucionando, promoviendo y exhortando la reforma legislativa con relación a la protección de los derechos de las mujeres, la emisión de resoluciones judiciales que atiendan tanto a la perspectiva de género como a los tratados, convenciones y recomendaciones internacionales de protección de los derechos de las mujeres, sentando criterios para promover la igualdad de la mujer en los distintos ámbitos, es decir en la familia, la sociedad, la política, el trabajo y su protección integral.

Aún falta continuar con la evolución del pensamiento hacia la equidad, pues es importante que también se reconozcan los derechos y obligaciones de los hombres en el cuidado de las personas en el hogar, papel que tradicionalmente se ha disignado exclusivamente a la mujer, lo cual se refleja en la legislación guatemalteca.

V. Bibliografía

Camargo, Juana, *Género e investigación social. Curso de formación en género. Módulo 2*, Panamá, Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá/Unicef/Editora Sibauste, 1999.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia del 6 de diciembre de 2017, emitida dentro del expediente de amparo en única instancia 11-2016. Disponible en http://143.208.58.124/sjc/

_____, Sentencia del 14 de diciembre de 2017, emitida dentro de la acción de inconstitucionalidad general parcial, por omisión relativa 2949-2016. Disponible en http://143.208.58.124/sjc/

_____, Dictamen emitido el 11 de julio de 2014, dentro del expediente 5352-2013. Disponible en http://143.208.58.124/Sentencias/825943.5352-2013.pdf

_____, Sentencia del 1o. de junio de 2010, expediente de inconstitucionalidad general parcial 794-2010. Disponible en http://143.208.58.124/Sentencias/809660.794-2010.pdf

_____, Sentencia del 27 de abril de 2011, expediente de inconstitucionalidad general parcial 812-2010. Disponible en http://143.208.58.124/Sentencias/816963.812-2010.pdf

_____, Sentencia del 28 de noviembre de 2016, dictada dentro del expediente de apelación de sentencia de amparo 3081-2016. Disponible en http://143.208.58.124/sjc/

II. Migrantes y movilidad humana

6. Una aproximación a los migrantes en Guatemala

Larry Andrade-Abularach

I. Introducción

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que el fin supremo del Estado es la realización del bien común, teniendo el deber de garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, debiéndose interpretar tales disposiciones de forma amplia, en el entendido que no comprenden únicamente a los habitantes del territorio guatemalteco, sino también a los guatemaltecos que se encuentran en el exterior.

El tema de las migraciones no es un tema novedoso o reciente. Desde hace ya varios años, la gente opta por migrar en búsqueda de mejores oportunidades de vida y Guatemala así como América Central no son la excepción.

En el caso de Guatemala el tema es complejo debido a que se trata de un país de origen, tránsito y destino. De origen porque los guatemaltecos salen de su territorio en búsqueda de nuevas oportunidades para mejorar su situación de vida y promover su propio desarrollo, así como el de sus comunidades de origen, dirigiéndose usualmente a Estados Unidos de América. Se dice que es de tránsito porque al igual que los guatemaltecos, existen personas de otras

partes del mundo cuyo sueño es llegar a Estados Unidos de América y para ello, deben pasar por el territorio de Guatemala. Finalmente, es un país de destino porque hay personas cuyas posibilidades económicas apenas alcanzan para arribar al territorio nacional, donde de alguna forma encuentran una ocupación remunerada.

Es por ello que se considera que la migración ha configurado procesos determinantes y una nueva realidad transnacional, cuyos efectos han transformado las condiciones de vida de millones de guatemaltecos y centroamericanos en términos económicos, sociales, culturales y políticos.

En el presente trabajo, se describirán brevemente los antecedentes históricos de la migración guatemalteca, cuál es la situación actual de los migrantes y cuáles son considerados como grupos vulnerables; también se estudiará el fenómeno de la migración como un problema trasnacional, así como los derechos humanos que se ven afectados en el trayecto del viaje del migrante en su búsqueda por alcanzar el sueño americano.

II. Antecedentes

La República de Guatemala se ha caracterizado por la constante presencia de fenómenos migratorios, desde las migraciones precolombinas hasta los desplazamientos contemporáneos. La Revolución de Octubre de 1944, la modernización e industrialización del país durante la década de los sesenta, el terremoto de 1976, el recrudecimiento del conflicto armado interno en la década de los ochenta, la firma de los Acuerdos de Paz en 1996 y, actualmente, la globalización, han suscitado el desarrollo de diversos procesos migratorios.[1]

[1] Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala (Conamigua). *Marco general y descripción de acciones del Estado de Guatemala en materia migratoria*, Guatemala, Conamigua, noviembre de 2010, p. 11.

Puede decirse entonces que las migraciones de guatemaltecos han sido el resultado de procesos económicos (modernización, industrialización, globalización, neoliberalismo), naturales (terremotos, tormentas) y políticos (conflictos armados).

Durante los años sesenta predominó la tendencia de la migración interna rural-urbana, en el marco de la modernización capitalista y la industrialización, que demandaba permanentemente mano de obra. Y, además, se dio la migración externa hacia países desarrollados, especialmente hacia Estados Unidos de América, a ciudades como Houston, Los Ángeles, Miami, Chicago y Nueva York. Se estima que para la década de los sesenta, aproximadamente diez mil guatemaltecos vivían en territorio estadounidense.[2]

El terremoto de 1976 que afectó gravemente a casi todo el territorio guatemalteco constituyó un factor desencadenante en los procesos migratorios hacia múltiples direcciones, tanto dentro como fuera de la República, ello derivado que muchas personas perdieran sus viviendas, cosechas y negocios, por lo que un gran número de familias se vieron forzadas a migrar en la búsqueda de nuevos lugares donde asentarse y recomenzar.

Según el censo de población de Estados Unidos de América, la tendencia de crecimiento de la comunidad inmigrante guatemalteca pasó de 17 356 en 1970 a 63 073 en 1980, es decir, se experimentó un incremento de más de 45 717 guatemaltecos en diez años.[3] Ver los datos que se expondrán más adelante de este trabajo.

En la década de los años ochenta acontecieron los movimientos forzados de personas como consecuencia del conflicto armado interno, intensificando así las migraciones hacia el extranjero, ello derivado de las constantes violaciones a los derechos humanos de

[2] *Ibid.*, p. 12.

[3] Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala (Menamig), *Migración internacional, los rostros y los cuerpos de la globalización*, Guatemala, Menamig, 2005, p. 10.

pobladores que de alguna forma se encontraron en medio de este terrible conflicto (entre los grupos guerrilleros y el Ejército). Durante esta década, la movilidad humana de guatemaltecos hacia el exterior fue un recurso de sobrevivencia.[4] Gran parte de la dispersión de guatemaltecos estaba orientada hacia Estados Unidos de América, en donde según el censo de población, la cifra de crecimiento de la comunidad inmigrante guatemalteca pasó de 63 073 en 1980 a 225 739 en 1990.[5]

El fenómeno migratorio sufre una nueva oleada en la década de los años noventa, sobre todo luego de la suscripción del Acuerdo de Paz Firme y Duradera en diciembre de 1996, ya que propició estabilidad política y económica que, a su vez favorecieron y acentuaron las condiciones de migraciones internacionales, ello derivado de la globalización y el aumento de la movilidad humana generada por la creciente interdependencia económica y comercial entre países. Pero la prevalencia de las desigualdades en el país, principalmente en el área rural, también jugó un papel en el nuevo movimiento migratorio.[6]

Los antecedentes descritos evidencian que las migraciones de guatemaltecos se han visto forzadas por circunstancias que devienen del mismo país, tales como la falta de oportunidades, desastres naturales o conflictos armados, siendo ellos los principales aspectos por lo que la población guatemalteca se ve en la obligación y necesidad de buscar lo que se conoce como "el sueño americano", con la finalidad de dar una vida digna a sus familias.

[4] Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala, Conamigua, *op. cit.*, p. 12.

[5] Sistema de Información Estadístico sobre las Migraciones en Centroamérica (SIEMCA)/Organización Internacional para las Migraciones (OIM). *Movimientos internacionales a través de las fronteras centroamericanas. Síntesis Regional*, Serie Flujos Migratorios núm. 1, San José, Costa Rica, SIEMCA/OIM, 2003.

[6] Conamigua, *op. cit.*, p. 14.

III. Situación actual

Actualmente las migraciones tienen una incidencia importante en Guatemala por muchas razones, ello como resultado de la falta de oportunidades laborales y salariales que prevalecen en el país. Las remesas tienen un alto impacto en la economía nacional, pues mejoran la calidad de vida de las familias al tener un ingreso adicional que les permite satisfacer necesidades básicas; y políticamente forman un importante eslabón en el tema de las elecciones generales. Sin embargo, a raíz de la crisis económica global, la migración internacional se ha visto afectada por medidas más estrictas de seguridad fronteriza en los Estados receptores, especialmente en Estados Unidos de América. No es un secreto que múltiples normativas que han sido creadas o están en proceso de ser aprobadas por las autoridades estadounidenses tienen la finalidad de diezmar a la población migrante, lo cual afecta gravemente a los miles de guatemaltecos que viven en dicho país.

Desde 2001 la migración es vista en Estados Unidos de América como un asunto de seguridad nacional, como consecuencia de los ataques terroristas en Nueva York y Washington. Por lo anterior, en 2005 se presentó en el Congreso de Estados Unidos de América la Ley de Protección Fronteriza, Antiterrorismo y Control de Inmigración Ilegal (HR-4437), que fue aprobada por el Senado de dicho país en marzo de 2006. Actualmente se han reforzado las patrullas fronterizas, se está construyendo un muro en la frontera de Estados Unidos de América con México y se implementaron controles laborales con la finalidad de sancionar a quienes contraten personas migrantes, actos que han ocasionado una enorme ola de violaciones a los derechos humanos de nacionales guatemaltecos y de otras nacionalidades. Estos son solamente algunos indicios de las masivas violaciones a los derechos humanos contra la población migrante, en especial a los denominados "grupos vulnerables".

IV. Datos aproximados

Actualmente, se estima que la población de Guatemala es de aproximadamente 16 838 489 habitantes.[7]

En Estados Unidos de América, según el Censo de 2010 (adaptado de información por el US Census Bureau al 2018) hay una población total de 308 745 538 habitantes. Dentro de los cuales hay 50 477 594 hispanos o latinos (representan el 16.35% de la población estadounidense).[8]

Guatemala ostenta la tercera posición entre los países (hispanos o latinos) que tienen más población viviendo en Estados Unidos de América, después de México y El Salvador. Ya que, en territorio estadounidense hay 31 798 258 de mexicanos; 1 648 968 de salvadoreños; 1 044 209 de guatemaltecos; y 633 401 de hondureños; entre otras nacionalidades.[9]

Se estima que aproximadamente cerca de 400 000 personas centroamericanas acceden cada año al territorio mexicano.[10]

Ahora bien, las anteriores cifras son aproximaciones, ya que es imposible establecer con certeza el número de migrantes, debido a que simple y sencillamente no se registran ni se reportan con ninguna entidad.

V. Guatemala como un lugar de destino, origen y tránsito

Como ya se mencionó, además de la migración hacia Norteamérica (México, Estados Unidos de América y Canadá) de cientos de

[7] Andrés Navas Beteta, *Migración en cifras*, Guatemala, Así Es, 2017, p. 15.
[8] *Ibid*., p. 17.
[9] *Ibid.*, p. 18.
[10] Red Jesuita con Migrantes, *Comunicado "El éxodo destapa la trama"*, *Posicionamiento de la Red Jesuita con Migrantes de Latinoamérica y el Caribe (RJM LAC) en relación a la caravana hondureña de migrantes*, 25 de octubre de 2018, p. 2.

miles de connacionales, Guatemala también es un país de tránsito y de destino migratorio. Al respecto, el Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala (Conamigua), afirma:

> Para miles de centroamericanos y transmigrantes procedentes de otros países, el paso por el territorio guatemalteco es ineludible. Debido a sus características geográficas, Guatemala forma parte del corredor migratorio rumbo hacia los Estados Unidos de América. Se estima que existen más de 246 puntos ciegos de internamiento en las fronteras entre la República de Guatemala y los Estados Unidos Mexicanos, por donde han transitado en la última década miles de personas procedentes principalmente de Centro y Sudamérica.

Asimismo, Guatemala es un país de destino, principalmente de migrantes de origen salvadoreño, hondureño y nicaragüense. Según Conamigua: "Se estima que, independientemente de los 250 mil extranjeros que transitan anualmente por nuestro país, en Guatemala radican 250 000 inmigrantes, cifra que lo convierte en el segundo país receptor de migrantes en la región, después de Costa Rica".[11]

Generalmente, los migrantes centroamericanos radicados en la República de Guatemala logran desempeñarse en actividades de servicios en el sector informal y en la construcción, entre otras formas de sobrevivencia, aunque frecuentemente son víctimas de violaciones a los derechos humanos, en especial las mujeres y menores de edad, quienes ante la necesidad de trabajo se ven en la obligación de realizar actividades que atentan contra su dignidad (prostitución, trata, etc.).

[11] Conamigua, *op. cit.*, p. 22.

VI. Grupos vulnerables

En este trabajo se clasifican los grupos vulnerables de migrantes, según las características y circunstancias que generan determinados peligros y problemas que los colocan en mayor riesgo:

1. Mujeres

El papel de las mujeres en el proceso migratorio se ha subestimado a pesar de que tienen una función clave como madres, esposas e hijas de emigrantes. Según afirma Conamigua:

> La emigración y la conformación de comunidades transnacionales se facilita con la permanencia de las mujeres a cargo de las familias y las actividades cotidianas en la comunidad de origen: el trabajo de producción y reproducción de la población femenina en las comunidades de origen permite la institucionalización social de la migración, perpetuando los patrones migratorios.[12]

Es importante hacer notar que las mujeres, además de la discriminación que sufren por ser mujeres, deben romper una serie de barreras que dificultan su igualdad, siendo ellas: su edad, idioma, origen étnico, cultura, religión o discapacidad. Se enfrentan a obstáculos relacionados con su situación familiar y socioeconómica; asimismo, las condiciones de vida en zonas rurales aisladas o empobrecidas dificultan su desarrollo. También existen otras barreras en el caso de las mujeres refugiadas, desplazadas y migrantes internacionales, incluyendo las trabajadoras.[13]

[12] *Ibid.*

[13] Procurador de los Derechos Humanos (PDH), Defensoría de la población Desarraigada y Migrante, *Segundo informe trimestral*, 2008, Guatemala, PDH, 2008, p. 21.

Con el paso del tiempo se ha evidenciado un incremento en la presencia de las mujeres migrantes en búsqueda de mejores oportunidades, ello derivado de distintas situaciones; por ejemplo, durante el conflicto armado interno parte de la población masculina fue muerta, desaparecida y desplazada,[14] por lo que miles de mujeres se vieron en la necesidad de adoptar el papel de proveedoras de sus hogares.

A las mujeres se les considera como un sector de la población en condiciones de vulnerabilidad y riesgo al migrar porque se exponen particularmente a abusos y violaciones a sus derechos humanos y su dignidad personal. Entre los delitos más cometidos en contra de las mujeres migrantes se encuentran aquellos que atentan contra su libertad sexual. A menudo son víctimas de grupos del crimen organizado, ya sea en el tráfico como en la trata de personas, y han sido sometidas a formas de esclavitud moderna al ser obligadas a cocinar, lavar y limpiar las casas donde operan grupos del crimen organizado.[15]

2. Niños, niñas y adolescentes

Desde hace muchos años, los niños son protagonistas directos e indirectos de los procesos migratorios. Son varios los escenarios que implican su presencia y muchas las situaciones que afectan sus derechos, su condición y su integridad como personas.

Un aspecto importante a considerar es la situación en la que migra la niñez y la juventud de Centroamérica, es decir, movida por razones económicas, familiares o para alcanzar mejores oportuni-

[14] Durante el conflicto armado interno se estima que, aproximadamente: 150 mil personas muertas, 50 mil desaparecidos, 200 mil niñas y niños huérfanos, 40 mil mujeres viudas, un total de 1 440 000 víctimas. Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala memoria del silencio, conclusiones y recomendaciones*, Guatemala, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS), 1999, pp. 21-58.

[15] Conamigua, *op. cit.*, p. 25.

dades de vida. Es así como miles de niños y adolescentes transitan por los pueblos fronterizos entre Guatemala y México, exponiendo sus vidas e integridad personal frente a personas que abusan de su necesidad —y muchas veces, de su falta de experiencia.

Los hijos de inmigrantes también experimentan, al igual que sus padres, dificultades para llevar una vida incluyente, especialmente en el acceso a servicios básicos, particularmente educación y salud.[16] Asimismo, según un estudio realizado en los municipios de Malacatán, Ayutla, Ocós y Catarina, del departamento de San Marcos, más de cuarenta mil niños y niñas entre 7 y 14 años trabajan en treinta y cuatro actividades laborales en la zona fronteriza con México, incluyendo varios oficios peligrosos.

> Los niños y niñas trabajan para ayudar al sustento familiar en actividades como jornaleros de plantaciones de café y banano en el sureste mexicano y guatemalteco; en cultivos de trabajo, maleteros o cargadores de bultos, vendedores ambulantes, niñeras y trabajadoras domésticas, en el contrabando hormiga e incluso como guías de indocumentados.[17]

Sobre la vulnerabilidad de los niños migrantes, Conamigua afirma que

> Está claro que la niñez migrante se encuentra en una situación de vulnerabilidad y riesgo superior a la de otros grupos de migrantes, no solo por su edad, sino porque sobre los niños y niñas se dirige un perverso interés de sectores del crimen organizado. Un alto porcentaje de niñez migrante ha caído en las redes de tratantes de niñas y jóvenes. Debido al desconocimiento de sus derechos y a su edad, muchos grupos de

[16] *Ibid.*, p. 24.

[17] Edgar Girón, "Riesgos del trabajo infantil", *Prensa Libre*, Guatemala, 22 de abril de 2001, p. 22.

niños y niñas migrantes han sido explotados laboralmente en fincas, en los servicios y en abusos sexuales.[18]

Según el estudio presentado por la Procuraduría General de la Nación (PGN) sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y jóvenes de Guatemala, el escaso desarrollo de la informática, la falta de legislación actualizada y la globalización del mercado han facilitado las operaciones de proxenetas y redes internacionales que se dedican a la explotación sexual de los menores.[19]

Como resultado de la preocupación de las autoridades guatemaltecas respecto a las nuevas formas de explotar y vulnerar la dignidad de los niños y niñas, se hicieron reformas al ordenamiento penal a través del Decreto núm. 09-2009 del Congreso de la República, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Esta reforma deriva de la necesidad de implementar nuevos tipos penales ante la diversidad de formas de delinquir, en especial en materia de vulnerabilidad ante fenómenos como las migraciones.

En los últimos años se han dado situaciones sumamente graves. Por una parte la migración de menores no acompañados, que suman cientos de miles, exponiéndose a todos los peligros, incluso a perder la vida. Y, por otra parte la separación de los núcleos familiares cuando son detenidos por las autoridades de los países receptores, principalmente en Estados Unidos de América, con lo cual se cometen violaciones a los derechos humanos, al ser deportados los migrantes mayores de edad (padre, madre, hermanos) a sus países de origen y quedándose los menores en Estados Unidos de América, ocasionando una desintegración y división familiar muy perjudicial para ellos y para la sociedad.

[18] Conamigua, *op. cit.*, p. 24.

[19] Sandra Herrera, *Migración en Guatemala: un enfoque periodístico*, Guatemala, Universidad de San Carlos. Disponible en http://digi.usac.edu.gt/bvirtual/investigacio_files/INFORMES/PUIEG/4AnalisisPeriodistico.pdf. Consultado el 14 de noviembre de 2018, p. 14.

3. Indígenas

Como introducción a este grupo vulnerable, es importante destacar que los departamentos de Guatemala con mayor tasa de emigración son precisamente aquellos cuya población es predominantemente de origen maya (San Marcos, Huehuetenango, Quetzaltenango y Totonicapán). Derivado de las problemáticas que dieron origen a la migración, se contemplan migraciones internas y transfronterizas. Los migrantes indígenas, al igual que los dos grupos mencionados anteriormente, son objeto de explotación laboral por engaños y estafas; además, se les somete a tratos abusivos y denigrantes con elementos de racismo por parte de las autoridades migratorias.

Otros aspectos negativos que vulneran los derechos de la población maya se relacionan con su cultura, ya que se hace difícil la posibilidad de adaptar sus costumbres a las de los países receptores, asimismo, el desconocimiento del idioma español coloca a los grupos indígenas en una situación de mayor vulnerabilidad.

Existe muy poca información y estudios sobre los migrantes indígenas, por lo que es necesario realizar investigaciones acerca de este grupo vulnerable.

VII. Contexto: la globalización

Debido al avance de la tecnología y de los medios de comunicación el mundo se ha convertido verdaderamente "en un pañuelo", es decir, se ha globalizado. Este fenómeno ha traído aspectos sumamente positivos pero, lamentablemente, también ha tenido efectos altamente negativos para los seres humanos, la familia y la sociedad. A continuación de forma breve expondremos algunos problemas que se dan dentro de los movimientos migratorios y que se han agravado por la "globalización de la violencia y del crimen organizado".

1. Violaciones a los derechos humanos

Como ya se mencionó, los aproximadamente cuatrocientos mil migrantes provenientes de América Central, que se dirigen cada año rumbo a Estados Unidos de América, deben atravesar el territorio mexicano. Y es allí donde más se exponen a los abusos de las autoridades (policías federales, estatales y municipales), a la delincuencia organizada (narcotráfico, contrabando, tráfico de migrantes y trata de personas) y a la delincuencia común. Actualmente, la migración internacional irregular es una de las más peligrosas formas de movilidad humana porque en el camino suceden múltiples abusos y violaciones a los derechos humanos, así como accidentes provocados por los excesivos controles.

Prostitución

Sandra Herrera, en su investigación titulada *Migración en Guatemala: un enfoque periodístico,* afirma lo siguiente: "El comercio sexual en las áreas fronterizas se ha convertido en un problema de índole social, de salud y de derechos humanos debido a que involucra tráfico de personas con fines sexuales con gran demanda de niñas y jóvenes mujeres".[20]

En la investigación referida, se revela que más de dos mil niñas entre los 8 y 17 años de edad son explotadas sexualmente en prostíbulos ubicados en nueve departamentos de Guatemala. La mayoría de niñas prostituidas son guatemaltecas, salvadoreñas, hondureñas y nicaragüenses, provenientes de sectores urbanos marginales. "México es el principal país donde se da el tráfico de niñas centroamericanas para la explotación sexual".[21] Otros estu-

[20] *Ibid.*, p. 13.
[21] *Ibid.*

dios señalan una complicidad de las autoridades migratorias guatemaltecas y mexicanas, argumentando que no es comprensible que una operación de tales dimensiones logre pasar desapercibida.[22]

Tráfico ilegal de personas

Otro problema que afrontan los migrantes es sin duda alguna el tráfico del que son objeto. Al respecto, Herrera expresa lo siguiente: "Negociar con el hambre ajena, sin respetar siquiera el derecho a la vida de niños, mujeres y hombres dispuestos a sacrificar todo por conseguir un trabajo que les permita vivir con dignidad, es un crimen que debería castigarse con todo el peso de las leyes que rigen la convivencia entre las naciones".[23]

Según autoridades de la OIM, "El tráfico de indocumentados ha logrado mayor rentabilidad para la delincuencia organizada […] América Central es uno de los principales corredores para el tráfico de indocumentados procedentes de Sudamérica, principalmente Ecuador y Perú y algunos países africanos".[24]

Por su parte, autoridades del Gobierno estadounidense han manifestado que en México opera una mafia internacional para que asiáticos y centroamericanos ingresen de forma ilegal a Estados Unidos de América.[25] Por lo anterior y en base a las investigaciones realizadas, se revela que las bandas que trafican con migrantes se encuentran ligadas y en complicidad con funcionarios locales. Además, existe corrupción en los cuerpos de seguridad (policías), quienes ayudan a los traficantes de migrantes a convertir el sur de

[22] *Ibid.*
[23] *Ibid.*, p. 16.
[24] *Ibid.*
[25] *Ibid.*

México en el mayor conducto para la emigración masiva hacia Estados Unidos de América.[26]

2. Otros riesgos

El viaje en búsqueda del sueño americano suele hacerse por vía terrestre o marítima. Muchos son los casos en que personas pierden la vida por el naufragio de sus embarcaciones o al asfixiarse en los transportes terrestres que los trasladan. Asimismo, el viaje realizado por tren es un medio peligroso ya que son objeto de asaltos o pueden caer en los rieles, perdiendo sus extremidades o la vida.[27] En México una ruta peligrosa la constituyen los Estados de Tamaulipas y Chihuahua como un corredor desértico entre Palomas y el Berrendo, en donde muchas personas pierden sus vidas tratando de cruzar el desierto, ya que se extravían y no logran volver. Muchas personas viajan con nombres supuestos o documentos falsos, o sin ningún tipo de identificación. En estos casos, cuando sufren percances, difícilmente —por no decir nunca— se vuelve a saber de su paradero.[28]

3. Las remesas familiares

La migración de centroamericanos de sus países de origen (principalmente de guatemaltecos, hondureños y salvadoreños) hacia Estados Unidos de América es incesante y progresiva.

Recientemente, el vicepresidente de Estados Unidos de América, Mike Pence, en la Segunda Conferencia del programa Plan de Alianza para la Prosperidad del Triángulo Norte de América

[26] *Ibid*.
[27] *Ibid*., p. 19.
[28] *Ibid*., p. 18.

Central (Guatemala, Honduras y El Salvador), aseguró que la migración desde El Salvador aumentó en un 65%, desde Guatemala aumentó en un 75%, y desde Honduras en un 61%.[29]

Aunque muchos guatemaltecos son deportados también muchos logran permanecer en el extranjero, aprovechando las condiciones económicas positivas que imperan en Estados Unidos de América. Prueba de ello, es que las remesas familiares provenientes de guatemaltecos en el extranjero siguen aumentando. Al 31 de octubre de 2017, las remesas familiares contabilizadas eran de US$6.8 millardos, en tanto que, al 31 de octubre de 2018, se registraron US$7.7 millardos, lo que equivale a un aumento de más del 13% que, obviamente está impactando positivamente en la balanza de pagos, así como en la actividad económica. En 2017, las remesas familiares (US$8.1 millardos) fueron el equivalente al 73% de las exportaciones del país (US$11.1 millardos). Este año, 2018, podrían aproximarse al 80%.[30]

Se espera que el programa Plan de Alianza para la Prosperidad del Triángulo Norte de América Central, dirigido a mejorar los niveles de desarrollo y seguridad para desalentar la migración, que impulsa el gobierno estadounidense, sea una realidad y que pronto veamos sus efectos beneficiosos para la población.

VIII. Actividad gubernamental y no gubernamental

1. Actividades del gobierno

En los medios de comunicación masiva se ha criticado la falta de acción de los gobiernos por su incapacidad de definir una políti-

[29] "Editorial. Migrantes y remesas familiares", *El Periódico*, Guatemala, 12 de noviembre 2018, p. 16.

[30] *Idem.*

ca de protección para sus ciudadanos residentes en Estados Unidos de América, especialmente tomando en cuenta la importancia de las remesas en la economía nacional, ya que empezaron a ser la mayor fuente de divisas para el país tras el desplome de los precios del café y la incertidumbre del turismo.[31]

Dentro de los aspectos positivos, el Decreto Número 46-2007 del Congreso de la República determina la creación del Conamigua como institución encargada de velar, junto con otras instituciones estatales, por los derechos humanos de los guatemaltecos tanto dentro como fuera del territorio de la República, así como la creación e implementación de una política pública en materia migratoria. Asimismo, el Procurador de los Derechos Humanos, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, el Ministerio de Finanzas Públicas, el Banco de Guatemala, la Dirección General de Migración, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso de la República de Guatemala poseen secciones especiales referentes al tema del migrante, lo cual ayuda a unir esfuerzos para que cada institución, según su competencia, coadyuve en la tarea de proteger los derechos humanos de estas personas.

Actividades de apoyo de organizaciones no gubernamentales

Las organizaciones no gubernamentales forman parte de los nuevos sujetos políticos transnacionales que trabajan a favor del respeto de los derechos humanos de los migrantes guatemaltecos. Las organizaciones de inmigrantes guatemaltecos se han conformado en Estados Unidos de América desde los años setenta hasta la actualidad. En ellas se encuentra una diversidad de formas y factores que las provocan, perfilando la existencia de organizaciones

[31] Herrera, *op. cit.*, p. 3.

de primer nivel (fraternidades, clubes deportivos, organizaciones de oriundos, religiosas, étnicas) y posteriormente se incorporan algunas de segundo y tercer nivel (coaliciones, redes o movimientos, algunos de los cuales son "transregionales"). A raíz de la migración internacional y como emergencia a sus necesidades, surgen los nuevos sujetos políticos transnacionales que plantean una serie de demandas —también transnacionales— en pro de la protección de los derechos humanos de guatemaltecos que habitan fuera del territorio nacional, especialmente en Estados Unidos de América. Entre las diversas organizaciones de inmigrantes guatemaltecos destaca la labor de la Coalición de Inmigrantes Guatemaltecos en Estados Unidos de América (Conguate) en la definición de programas, legislaciones y políticas públicas migratorias.[32]

Un problema transnacional

Actualmente, el problema migratorio transnacional se genera a raíz de la agudización de las crisis sociales, económicas y políticas en los países en vías de desarrollo, por una parte y, por otra parte, la situación de bienestar de los países en vías de desarrollo, en nuestro caso, en Estados Unidos de América y, aunado a sus decisiones políticas y legales cada vez más restrictivas, han provocado un cuadro social migratorio adverso que enfatiza en la seguridad fronteriza, la construcción de un muro a lo largo de la frontera con México, el incremento de controles laborales, allanamientos y redadas que se traducen finalmente en más deportaciones.[33]

[32] Álvaro Eduardo Caballeros Herrera, *Organizaciones de inmigrantes guatemaltecos en Estados Unidos como nuevos sujetos políticos transnacionales: una aproximación a Conguate*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 2009, p. ii, tesis de Licenciatura en Sociología.

[33] *Ibid.*

Sobre el aspecto sociológico de la transnacionalidad de la migración, Álvaro Caballeros afirma lo siguiente:

> El desarrollo de enfoques y categorías migratorias responde a los procesos sociales que configura la migración internacional. En la actualidad, dadas las relaciones que mantiene la comunidad inmigrante con sus pueblos y países de origen, ha cobrado vigencia e importancia en el análisis de las relaciones sociales migratorias el enfoque transnacional […] Se considera lo transnacional, como una construcción de campos sociales que vinculan un país de origen y un país de llegada, es decir, la migración internacional se concibe como un fenómeno social, que provoca el surgimiento de realidades sociales cualitativamente nuevas, más allá de los acostumbrados arraigos espaciales de la región de llegada y de destino.[34]

En el transnacionalismo cobran relevancia las denominadas "redes sociales", que son muy importantes en el proceso migratorio porque facilitan la migración de más personas, incluyendo la obtención de información inicial, la llegada y el alojamiento y la posibilidad de conseguir trabajo. Las redes sociales son fundamentales en el país de destino y dependen a través de relaciones personales de confianza.[35]

La caravana hondureña

En el mes de octubre de 2018 se iniciaron las caravanas de hondureños y, luego, de salvadoreños, sumadas al permanente flujo de guatemaltecos, lo que convierte el llamado Triángulo Norte de América Central (Guatemala, Honduras y El Salvador) en una

[34] *Ibid.*, p. 4.
[35] *Ibid.*

de las mayores regiones de migración hacia los Estados Unidos de América, con causas comunes perfectamente identificadas: la pobreza (con total falta de oportunidades) y la violencia.

Con relación a estas caravanas, la Red Jesuita con Migrantes de Latinoamérica y el Caribe manifestó lo siguiente:

> Con seguridad sabemos que más de 10 000 personas hondureñas caminan, vinculadas a esta llamada Caravana Migrante, por Honduras, El Salvador, Guatemala, hacia México o Estados Unidos, en busca de asilo o de un proyecto de vida digna. Es un éxodo masivo fruto de una crisis compleja, permanente y creciente en su país y sus comunidades de origen.[36]

Se considera que no hay en este éxodo masivo una novedad desde el punto de vista de la dinámica migratoria. En 2018 alrededor de 7 000 hondureños y hondureñas salían cada mes del país, de manera anónima, antes de la caravana.[37]

Asimismo, en general, estas caravanas han sido espontáneas y auto-convocadas. La decisión personal, familiar o colectiva que lleva a estas personas puede ser y es de hecho desesperada y supone la asunción de riesgos altísimos en las rutas migratorias para ellas, pero es una decisión consecuencia de las causas que operan en nuestros sistemas políticos, económicos y sociales y que por lo tanto la motivación de la persona que migra no es otra que la de poder vivir dignamente.[38]

[36] Red Jesuita con Migrantes, "El éxodo destapa la trama. Posicionamiento de la Red Jesuita con Migrantes de Latinoamérica y el Caribe (RJM LAC) en relación a la caravana hondureña de migrantes", *op. cit.*, p. 1.

[37] *Ibid.*, p. 2.

[38] *Ibid.*

IX. A MODO DE CIERRE: REFLEXIONES SOBRE LA MIGRACIÓN

Para concluir este trabajo comparto algunas reflexiones para un abordaje adecuado de los migrantes guatemaltecos en el contexto centroamericano hacia Norteamérica, principalmente a Estados Unidos de América.[39]

1. La migración es un fenómeno de dignidad. Ya que mientras los migrantes caminan hacia el norte, principalmente a los Estados Unidos de América, para poder ejercer la vida, denuncian automáticamente la muerte que las causas suponen en sus lugares de origen.
2. Los migrantes son víctimas, no victimarios, de una crisis de proporciones enormes y crecientes. Y por encima de esto, son portadoras de la búsqueda de dignidad, un valor que necesita ser rescatado en las sociedades, en nuestro caso en América Central, especialmente en Guatemala, Honduras y El Salvador.
3. Las causas que promueven este fenómeno migratorio son la pobreza extrema, la violencia generalizada y la falta de un modelo de desarrollo justo, democrático, social e inclusivo en América Central, así como la persecución continuada de colectivos determinados como defensores de derechos humanos, campesinado, entre otros.
4. Los grupos vulnerables de migrantes, entre ellos: mujeres; niños, niñas y adolescentes; e indígenas; sufren discriminaciones y violaciones a sus derechos humanos. En general los migrantes, pero principalmente estos grupos vulnerables, son obligados a la trata de personas, prostitución, trabajo

[39] *Ibid.*, pp. 1-4.

forzado, violaciones sexuales y muchas veces son asesinados para el tráfico de sus órganos.

5. La migración demuestra dignidad porque defiende la vida y la promueve y es una respuesta legítima y ajustada a sus derechos como ciudadanos reconocidos en convenios internacionales. Por lo tanto, las autoridades y gobiernos involucrados deben garantizar una respuesta conforme a esos derechos y que prime el enfoque de proteger la seguridad de las personas frente a la seguridad de otros intereses.
6. Las personas migrantes no pueden ser objeto de criminalización alguna, porque no suponen ningún tipo de amenaza a la seguridad pública, salvo a la suya propia.
7. Se debe dar una respuesta humanitaria adecuada y en coordinación con todos los actores sociales, que priorice a los colectivos más vulnerables o con necesidad de mayor protección y asistencia. Asistir y facilitar la asistencia humanitaria y la satisfacción de las necesidades básicas en aras de la dignidad de la población migrante, especialmente en lo referente a alimentación, hospedaje y abrigo, y asistencia sanitaria. Priorizar el interés superior de los niñas y niñas. Ese interés implica que en ningún caso se puede proceder a actuaciones que supongan ni la detención, ni la separación de los núcleos familiares.
8. La migración como manifestación de dignidad debemos asociarla con una oportunidad de reconciliación, de encuentro y de reconocimiento de la diversidad y de la vida.
9. Como avance dentro del Estado de Guatemala, el Decreto Número 46-2007 del Congreso de la República determinó la creación del Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala, como ente gubernamental que vela por el estricto cumplimiento de los programas, proyectos y planes establecidos para cada institución estatal que trabaja en pro

de los derechos humanos de los migrantes, reforzando la labor de cada institución, realizando con esta alianza vínculos para combatir la vulnerabilidad de los derechos humanos de los migrantes guatemaltecos y de otros países que se encuentran en Guatemala.

X. Referencias

Bibliográficas

Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala memoria del silencio, Conclusiones y Recomendaciones*, Guatemala, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS), 1999.

Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala, *Marco general y descripción de acciones del Estado de Guatemala en materia migratoria*, Guatemala, Conamigua, noviembre de 2010.

"Editorial. Migrantes y remesas familiares. Guatemala", *El Periódico*, 12 de noviembre de 2018.

Girón, Edgar, "Riesgos del trabajo infantil", *Prensa Libre*, Guatemala, 22 de abril de 2001.

Herrera, Sandra, *Migración en Guatemala: un enfoque periodístico*, Guatemala, USAC, http://digi.usac.edu.gt/bvirtual/investigacio_files/INFORMES/PUIEG/4AnalisisPeriodistico.pdf

Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala, *Migración internacional, los rostros y los cuerpos de la globalización*. Guatemala, Menamig, 2005.

Navas Beteta, Andrés, *Migración en cifras*, Guatemala, Así Es, 2017.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). "Encuesta sobre remesas 2008 y medio ambiente", Cuadernos de Trabajo sobre Migración, núm. 26. Guatemala, OIM, septiembre de 2008.

Procurador de los Derechos Humanos, Defensoría de la Población Desarraigada y Migrante, *Segundo informe trimestral 2008*, Guatemala, 2008.

Red Jesuita con Migrantes, "Comunicado: El éxodo destapa la trama. Posicionamiento de la Red Jesuita con Migrantes de Latinoamérica y el Caribe en relación a la caravana hondureña de migrantes", 25 de octubre de 2018.

Sistema de Información Estadístico sobre las Migraciones en Centroamérica/Organización Internacional para las Migraciones, *Movimientos internacionales a través de las fronteras centroamericanas. Síntesis Regional*, Serie Flujos Migratorios, núm. 1. San José, Costa Rica, SIEMCA/OIM, 2003.

Trujillo Chanquin, Martha Regina, "Las migraciones de grupos vulnerables de guatemaltecos frente al proceso de globalización", Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, IIJ/URL, 2012.

Legislativas

Constitución Política de la República de Guatemala.

Ley de Migración.

Ley del Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala.

Páginas de Internet

http://conamigua.gob.gt/index.php?option=com_content&task=category&sectionid=4&id=13&Itemid=54

http://www.lahora.com.gt/notas.php?key=52812&fch=2009-07-28

http://www.migracion.gob.gt/es/index.php?option=com_content&task=view&id=195&Itemid=241

http://www.mintrabajo.gob.gt/org/cooperantes/vinculos-de-interes/?searchterm=migraciones%20laborales
http://www.pdh.org.gt/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=34&Itemid=133
http://www.unidosporguate.gob.gt/index.php?option=com_content&task=view&id=234&Itemid=45

7. Internados en el laberinto: El Salvador y su migración irregular

Mauricio Gaborit
Mario Zetino
Larissa Brioso
Juan José García

I. Introducción

El artículo explora los flujos migratorios irregulares de personas salvadoreñas hacia los Estados Unidos desde una perspectiva histórica, de derechos humanos y psicosocial. Particular atención se brinda a las distintas políticas públicas sobre el tema de migración, el complejo escenario social y político que dibuja los datos de personas salvadoreñas deportadas desde México y los Estados Unidos y la niñez migrante. El artículo también aborda el tema del tiempo de tránsito de migrantes por territorio salvadoreño antes de ser deportados según lo reportan los migrantes mismos y los registros consulares y migratorios nacionales y la violación a sus derechos en el tránsito hacia los Estados Unidos. Se explora la relación que tiene la migración con el desarrollo social del país.

II. El Minotauro y sus víctimas

Cualquier referencia sobre datos a la migración irregular es siempre indirecta, fragmentada y aproximada. Registros sobre dicha movilización humana no existen de forma directa. Todo intento de sistematizar esta información acudiendo a diferentes fuentes arroja siempre cifras con márgenes amplios de inexactitud en su grado de aproximación. El tipo de información sobre la cual normalmente se basan los datos de flujo migratorio irregular hacia Estados Unidos, hace referencia al reporte de Homeland Security de Estados Unidos y al del Instituto Nacional de Migración de México. Los datos difieren de los de la Dirección General de Migraciones y Extranjería de El Salvador. Hay diferencias en información, las clasificaciones y bases de cálculo en que se fundamentan, así como en los periodos de registro, entre otros. Por ejemplo, el periodo reportado por Homeland Security es por año fiscal, el cual finaliza el 30 de octubre del año que se está reportando y/o por el año natural. El Instituto Nacional de Migración de México saca reportes con datos preliminares que, con frecuencia, no son actualizados de manera oportuna.

Es lógico suponer la alta probabilidad de que por cada migrante detenido y deportado desde la frontera en Estados Unidos otro logre cruzar la frontera e ingresar a ese país. Ese cálculo mínimo nos da el doble de las cifras de los que salen del país de lo que se reporta. Igualmente es alta la probabilidad que sea más de uno por cada detenido, el que logre ingresar. Esos cálculos no son un simple ejercicio matemático, sino que se fundamentan también en el hecho innegable que la migración irregular hacia Estados Unidos es un negocio altamente lucrativo, cuya premisa básica es su alto grado de éxito y costo elevado.

Según la Encuesta de Migración de la frontera del Sur de México, para 2010 el promedio de costo para el traslado total desde los

países centroamericanos oscilaba entre 3 mil y 4.5 mil dólares, y cantidades similares eran cobradas solamente por el cruce de la frontera de Estados Unidos. En entrevistas realizadas a migrantes en la Estación Siglo XXI, en Tapachula, México, en 2013, se obtuvo la información sobre los costos que la familia de niños había pagado al "guía" para el traslado. Las cantidades mínimas promedio eran de 7 mil dólares americanos por cada niño o niña, siendo mayores en la medida que son más pequeños.

Pese a que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) no ha podido establecer el monto total del negocio de tráfico de personas en el mundo, y en particular para la migración irregular con origen en Centro América hacía Estados Unidos, su cálculo es que cada año ingresan a ese país, cerca de 3 millones de personas provenientes del mundo, lo que deja una ganancia mínima anual de alrededor de 6 750 millones de dólares, es decir, más de 18 millones de dólares al día.

Con las reflexiones anteriores en mente deberán leerse los datos que aquí se presentan. Para febrero de 2011 la Oficina de Estadística del Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos reportaba que para 2010 se encontraban de manera indocumentada 620 000 salvadoreños en ese país. La misma Oficina, en su informe 2014 de Estadísticas sobre Inmigración, señala que para el periodo de 2000 a 2009, obtuvieron su estatus legal de residentes permanentes 251 237 salvadoreños, y en los años subsiguientes hasta 2014 las cantidades de quienes obtienen dicho estatus anualmente son aproximadas a los 19 000 salvadoreños. El Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador calculaba que ya para 2013, se encontraban en Estados Unidos aproximadamente 2 millones 500 mil salvadoreños, de los cuales más de la mitad (superior a la cantidad indicada para el DHS en 2010) no tenían estatus legal.

III. Los flujos migratorios irregulares de salvadoreños hacia Estados Unidos

La historia de la migración internacional de salvadoreños hacia Estados Unidos puede identificarse diferentes periodos caracterizados según los factores que principalmente la han configurado. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para El Salvador, en su Informe de Desarrollo Humano de 2005, identifica por lo menos cuatro periodos: el primero entre 1920 y 1969; el segundo entre 1970 y 1979; el tercero entre 1980 y 1991, con la finalización de la guerra civil en el país; y finalmente, el cuarto, a partir de 1992 con el inicio de la posguerra. Este último periodo, según algunos analistas, continúa abierto, pero muestra fuertes variaciones en lo concerniente a la composición de la población que emigra y a la combinación de motivaciones.

El primer periodo (1920-1969) estuvo caracterizado por la existencia de procesos migratorios principalmente hacia las plantaciones bananeras de la United Fruit Company, en el norte de Honduras, donde los salvadoreños iban en busca de empleo. De manera previa ya se había producido la migración de salvadoreños hacia Panamá para trabajar en la construcción del Canal. El segundo periodo (1970-1979) implicó un incremento sustancial de la migración hacia Estados Unidos, entre otras razones por el cierre de la vía de migración hacia Honduras a raíz del conflicto armado con ese país, y por el agravamiento de la situación socioeconómica del país por el rompimiento del Mercado Común Centroamericano. En el informe del PNUD se señala que, en esta década, el incremento de la migración fue de 73%. Esta corriente migratoria dio lugar, de acuerdo con dicho informe, a la formación de las primeras redes migratorias, cuya importancia sería determinante en los años posteriores, porque muchos salvadoreños legalizaron su estatus migratorio, posibilitando procesos de migración, tanto regular como irregular, de familiares, amigos y vecinos.

El tercer periodo corresponde al de la guerra civil en el país. La migración hacia Estados Unidos fue mucho mayor en este periodo y llegó a aumentar un 307%. Se considera que este incremento fue también estimulado por las modificaciones en los instrumentos legales migratorios de Estados Unidos, como la Ley para la Reforma y el Control de la Inmigración (IRCA) que para 1986 posibilitó la regularización de muchos inmigrantes, lo que a su vez facilitó procesos de reunificación familiar.

El cuarto periodo inicia en 1992 con la firma de los Acuerdos de Paz. Este periodo estuvo en sus comienzos fuertemente caracterizado por flujos de retorno de refugiados políticos, excombatientes o personas de clase media y de altos recursos que habían abandonado el país huyendo de la guerra. Pero también se definió por fuertes flujos de salida ocasionados por la desaceleración de la economía a partir de 1996. Se estima que la migración neta de salvadoreños al extranjero en el periodo 1996-2005 alcanzó las 100 mil personas por año, el de mayor flujo migratorio cuando se compara con los anteriores. Contribuyeron también a esa migración los efectos del huracán Mitch, dos grandes terremotos —separados por un mes— en 2001 y, de manera sostenida hasta los años actuales, el desarrollo de la violencia ejercida por pandillas y la de carácter delincuencial, entre otras formas de violencia creciente en el país. A raíz de los terremotos de enero y febrero de 2001, el gobierno de los Estados Unidos concedió el estatus de Protección Temporal (TPS, por sus siglas en inglés) para aproximadamente 250 000 salvadoreños a partir de marzo de 2001 (inicialmente, los salvadoreños fueron designados para el TPS en 1990 como consecuencia de la guerra civil). El TPS ha sido renovado cada 18 meses hasta la fecha para estas personas, la última ocasión fue en mayo de 2013, periodo que se extenderá hasta marzo de 2015. Durante la última década, la concesión y continua prórroga del TPS ha estimulado, en principio, la estabilidad de flujos continuos de reunificación familiar y la configuración de redes transnacionales de sal-

vadoreños que igualmente han alentado y apoyado la migración de otros miles de familiares, amigos y vecinos. Este es, entre otros, elementos que seguramente ha creado condiciones para posibilitar el incremento de flujos migratorios en los últimos años, como se muestra en los datos presentamos a continuación.

1. Caracterización de los flujos migratorios

Una de las principales fuentes de información para tener una aproximación mínima de los flujos migratorios irregulares de salvadoreños a Estados Unidos, es el registro de ingresos por repatriación que lleva la Dirección General de Migración y Extranjería de El Salvador (DGME). Este registro reúne las deportaciones vía terrestre proveniente de México y por vía aérea, que normalmente se refiere a las deportaciones realizadas desde Estados Unidos. Las deportaciones vía terrestre se corresponden casi en su totalidad a los recién detenidos en su tránsito por territorio mexicano. Dos de cada tres migrantes son detenidos en la frontera sur de México después de dos semanas, tomando en cuenta que ese periodo comprende su estancia de detención en las estaciones migratorias y el tiempo que el Consulado hace las averiguaciones pertinentes para su respectiva acreditación ciudadana. Aproximadamente el 87%[1] de los repatriados por esta vía tenían un máximo de un mes de tránsito desde su salida de El Salvador. Llama la atención que aproximadamente un 4% llevan más de tres meses esperando cruzar la frontera. Constituyen los denominados popularmente como "los atorados" pues su permanencia en bodegas o casas que albergan personas indocumentadas los expone a posibles acciones criminales de parte de las variadas redes de depredadores sociales miembros de bandas organizadas y aun de autoridades corruptas.

[1] OIM-ACNUR, 2014.

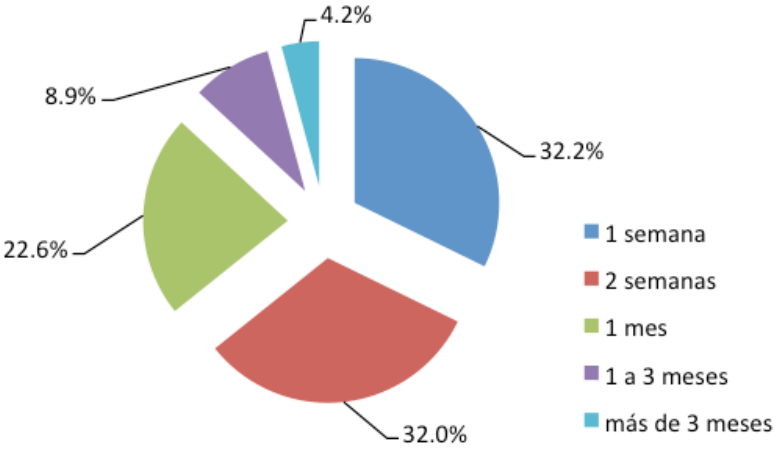
Las deportaciones vía aérea, por el contrario, se corresponden en aproximadamente un 77% a personas con más de 10 años de vivir en Estados Unidos (véase gráficas 1 y 2).

En la gráfica 3 puede apreciarse que en el periodo comprendido entre 2010 a 2015 el número de deportaciones totales ha incrementado en un 83.6%, pasando de 30 849 personas salvadoreñas a 56 636.

2. Y para colmo de males, el Plan Frontera Sur

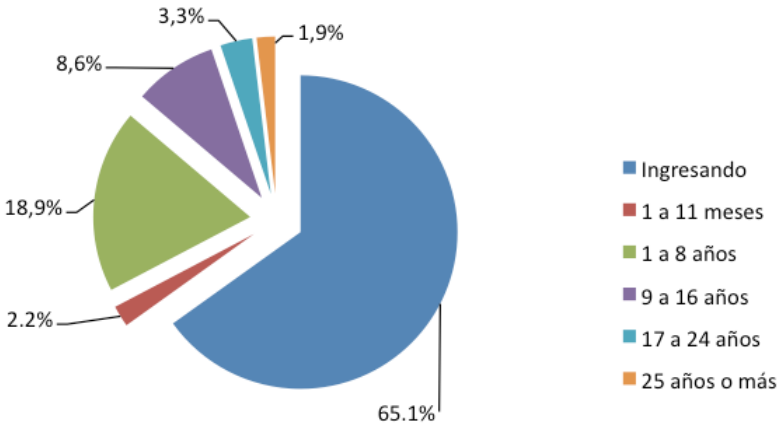
Las acciones para dar respuesta a la crisis migratoria de 2014 en la frontera sur de los Estados Unidos se han traducido en México en el Programa Frontera Sur, cuya visión esencial es la perspectiva

Gráfica 1. Tiempo de tránsito de adultos entre la salida de El Salvador y la repatriación vía terrestre (2012-2013)



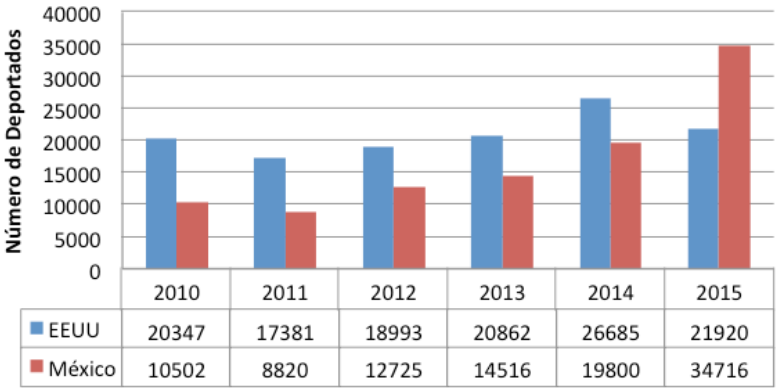
Fuente: elaboración propia con datos de la DGME.

Gráfica 2. Tiempo de tránsito de adultos entre la salida de El Salvador y la repatriación vía aérea (2012-2013)



Fuente: elaboración propia con datos de la DGME.

Gráfica 3. Personas salvadoreñas deportadas de EEUU y México (2010-2015)



	2010	2011	2012	2013	2014	2015
EEUU	20347	17381	18993	20862	26685	21920
México	10502	8820	12725	14516	19800	34716

Fuente: Department of Homeland Security (DHS); Instituto Nacional de Migración (INM).

de la seguridad nacional y la militarización de las fronteras.[2] Como consecuencia de este programa, el número de personas migrantes salvadoreñas aprehendidas y luego deportadas desde territorio mexicano —incluyendo niños, niñas y adolescentes— ha aumentado desde que el gobierno mexicano impulsó este Programa en julio 2014. A partir de entonces, las deportaciones desde México han ido en progresivo aumento. De 2014 a 2015 el número de personas migrantes salvadoreñas deportadas desde México aumentó un 75.3%, mientras las deportaciones desde los Estados Unidos disminuyeron 17.9%. En el sexenio 2010 a 2015, el número de personas migrantes deportada, desde los Estados Unidos aumentó en un 7.7%, mientras que las que fueron deportadas desde México aumentaron en un 231%. Estos datos están representados en la grafica 3.

Este incremento de deportaciones indudablemente es el resultado de la combinación de varios factores: uno es con probabilidad el incremento de mismo del flujo migratorio, otro el endurecimiento de las políticas de control en la Frontera sur de Estados Unidos y particularmente en territorio mexicano. Según datos del Instituto Nacional de Migración de México (INM) y del Department of Homeland Security (DHS) de los Estados Unidos, el número de deportaciones de salvadoreños detenidos en México solamente representaban para 2013 el 27% de las deportaciones, mientras las deportaciones de salvadoreños capturados en su intento de cruzar la frontera representaban el 73%, para 2014 la proporción de deportados desde México había ascendido el 46% de todos los deportados.

[2] M. S. de la Peña Padilla, "Nuevos contextos y dinámicas migratorias en la región Centroamérica-Norteamérica", *Análisis Plural*, Guadalajara, ITESO, 2014, pp. 171-184; W. Soto Acosta y M. F. Morales Camacho, "La migración de niños y niñas de Centroamérica hacia los Estados Unidos: amenaza emergente transnacional", *Temas de Nuestra América*, vol. 31, núm. 58, 2015, pp. 55-73.

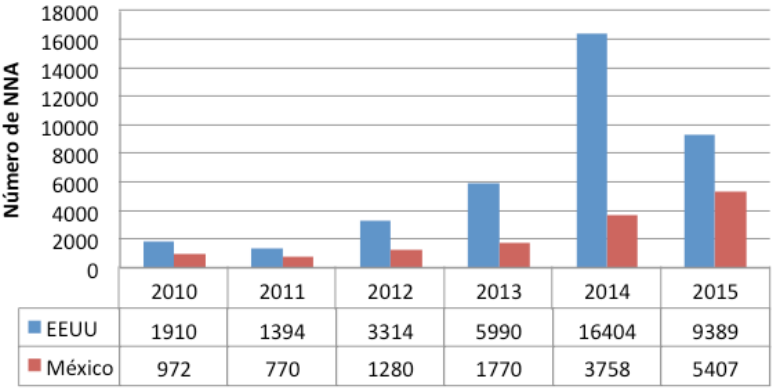
Cuando examinamos las estadísticas para niños, niñas y adolescentes, constatamos la misma tendencia. De 2014 a 2015 la niñez deportada desde México según el INM aumentó un 43.9% mientras la deportada desde los Estados Unidos según datos del Departamento de Homeland Security disminuyó 42.8%. En el sexenio 2010 a 2015 la niñez deportada desde los Estados Unidos aumentó un 392% en comparación con un aumento de 456% proveniente de México. Los datos de la niñez salvadoreña deportada se presentan en la gráfica 4 (véase también gráfica 5).

Pese al incremento de deportaciones desde México, también se ha producido un incremento del número de salvadoreños que lograron evadir tales controles y alcanzaron la frontera sur de los Estados Unidos. Ese hecho se ve reflejado en el incremento porcentual, por ejemplo, de 117% de menores inmigrantes que lograron cruzar la frontera sureste de Estados Unidos, entre octubre y diciembre de 2015, comparado con el mismo periodo de 2014.[3] La misma fuente indica, para el caso de unidades familiares salvadoreñas (personas o menores aprehendidos junto con otro familiar), un incremento de 187% de las detenciones en los mismos periodos y años comparados (2015 y 2014).

Los datos anteriores dibujan una situación donde algunos estudiosos identifican como que la frontera sur de los Estados Unidos se ha trasladado a la frontera sur de México. Efectivamente, están llegando menos personas al sur de los Estados Unidos, pero esto no es el resultado que menos personas inicien la ruta migratoria de manera indocumentada, sino que están siendo detenidas en números mayores en el sur de México utilizando más equipamiento militar (helicópteros, tanquetas armadas) provisto por el gobierno de los Estados Unidos a México. En definitiva, las políticas de seguridad nacional tanto de México como de los Estados Unidos y la criminalización la migración irregular no han tenido un efec-

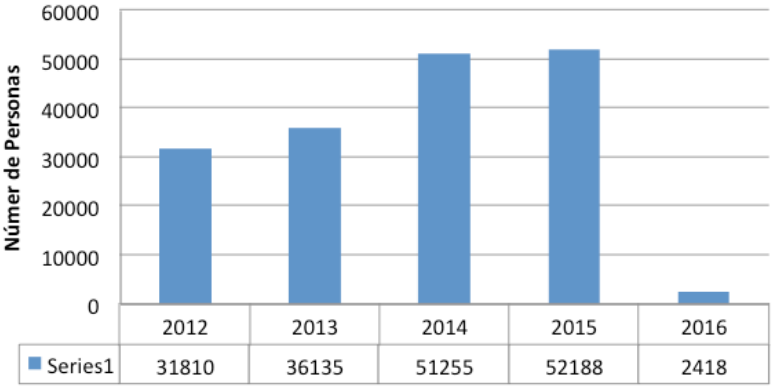
[3] CBP, *Border Security Report Fiscal Year 2015*, Washington, D.C., 2016.

Gráfica 4. Niñez salvadoreña no acompañada detenida en EEUU y deportada de México (2010-2015)



Fuente: Department of Homeland Security (DHS), Instituto Nacional de Migración (INM).

Gráfica 5. Personas salvadoreñas deportadas (2012 a abril 2016)



Fuente: Observatorio de la Migración Irregular de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (http://omi.uca.edu.sv/cms/bases-de-datos/dgme/estadisticas-devueltos). Los datos de 2016 corresponden a los meses de enero a abril.

to disuasorio de la migración irregular, sino que ha aumentado los riesgos en la ruta migrante así como graves violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes. Queda por determinar la efectividad de un nuevo programa iniciado en diciembre de 2014 que provee un santuario temporal en Costa Rica (con el apoyo de ACNUR y OIM) a un número muy limitado de personas del triángulo norte de Centroamérica que buscan principalmente refugio en los Estados Unidos.

3. La composición de los flujos migratorios irregulares

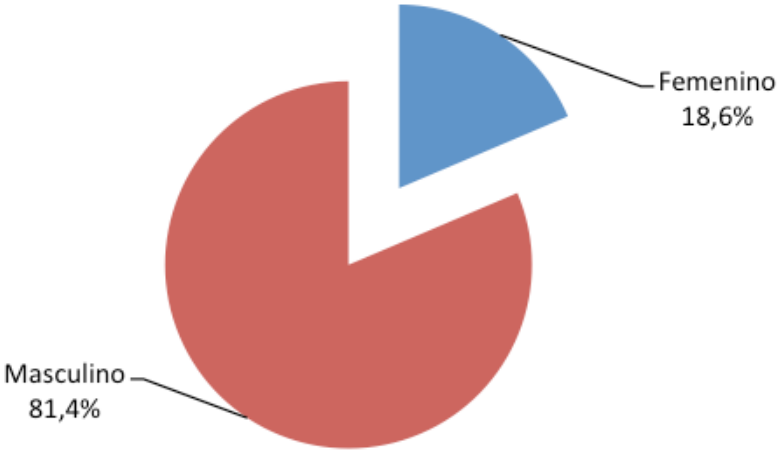
La composición básica de las deportaciones, que presupone también dar una idea de los flujos migratorios, es dominantemente masculina (81.32%) para el periodo 2012 -2015, y abarca la población adulta y la población de menores de 18 años. La gráfica 6 muestra la distribución porcentual entre hombres y mujeres para todo el periodo.

Conviene observar que el número de niños de 0 a 15 años en el periodo de 2012 a 2015 creció en un 151.8%, mientras que el correspondiente número de niñas creció un 61.6%. Es decir, que más del doble de los niños deportados eran varones.

Cuando tomamos en cuenta el porcentaje que representa los varones del total de niñez deportada, de 2012 a 2015 notamos un decrecimiento porcentual de 10.14%; mientras que para las niñas el crecimiento porcentual fue de 16.1%. Esto implica que el crecimiento porcentual de las niñas en estas edades de año en año es mayor que el de los niños.

En el periodo de 2012 a 2015 ha sido sustancial el incremento de menores de 18 años que han migrado de manera irregular. A partir del dato de la DGME sobre deportaciones terrestres durante ese periodo puede suponerse ese alto probable incremento. De acuerdo a datos del Instituto Nacional de Migración (2012)

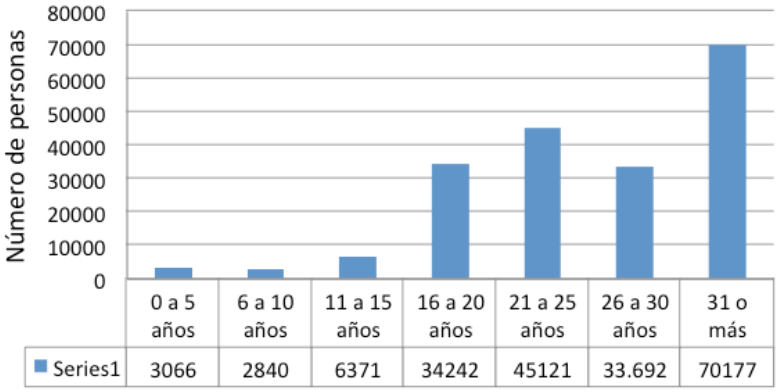
Gráfica 6. Personas salvadoreñas deportadas desde México (2012-2015), según sexo



Fuente: Observatorio de la Migración Irregular de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (http://omi.uca.edu.sv/cms/bases-de-datos/dgme/estadisticas-devueltos).

de México, la migración irregular de salvadoreños de 18 años se produce primariamente entre las edades de 10 a 17 años, pero debe constatarse el incremento del número de quienes migran aún más jóvenes. El Cuadro 1 muestra dicho incremento drástico en las edades desde recién nacidos hasta los 12 años. Se constata un incremento aproximado del 1 104% en el periodo para los niños y niñas menores de 12 años o menores, mientras que para las edades entre los 13 y 17 solamente es de 353%. El incremento en el primer grupo es tres veces mayor que en el segundo grupo. El altamente probable que ese incremento tan grande en las edades más pequeñas indique desplazamiento externo de grupos familiares debido a la violencia social, como queda abordado más adelante (véase también gráfica 7).

Gráfica 7. Personas salvadoreñas deportadas, según edad (2012-2015)



Fuente: Observatorio de la Migración Irregular de la Universidad centroamericana José Simeón Cañas (http://omi.uca.edu.sv/cms/bases-de-datos/dgme/estadisticas-devueltos).

Cuadro 1. Deportaciones de niñez salvadoreña vía terrestre, según rango de edad

Deportaciones terrestres de niños salvadoreños desde México					*Total del periodo*	*% del cambio en periodo*
Rango de edad	*2012*	*2013*	*2014*	*2015*		
0-12 años	265	422	1 938	3 190	5 815	1 103.8
13-17 años	962	1 424	3 009	4 356	9 751	352.8
Totales	1 227	1 846	4 947	7 546		

Fuente: elaboración de la UCA para el libro *Atrapados en la tela de la araña*, con datos de la Dirección General de Migración y Extranjería de El Salvador.

En el caso de la niñez, la migración irregular es dominantemente masculina. Los datos de la DGME para el periodo 2012 al 2015 así los muestran. Sin embargo, debe destacarse que en números

absolutos sigue siendo menos las niñas. Su aumento porcentual en el periodo es mayor que el de los niños. En el primer caso es de 706.4%, mientras que en el de los niños es de 436%[4] (cuadro 2).

Cuadro 2. Deportaciones de niñez salvadoreña vía terrestre, por sexo

Deportaciones terrestres de niños salvadoreños desde México					*Total del periodo*	*% del cambio en periodo*
Rango de edad	*2012*	*2013*	*2014*	*2015*		
Niños	869	1 218	3 104	4 659	9 042	436.1
Niñas	358	628	1 843	2 887	5 183	706.4
Totales	1 227	1 846	4 947	7 546		

Fuente: elaboración de la UCA para el libro *Atrapados en la tela de la araña*, con datos de la Dirección General de Migración y Extranjería de El Salvador.

4. Motivaciones de la migración

Ha quedado descrito arriba cómo las motivaciones de la migración han variado de acuerdo a los periodos históricos, socioeconómicos y políticos de la vida del país. Los años posteriores al logro de los acuerdos de paz han estado marcados por el incremento de la violencia delincuencial, particularmente el de las maras y el crimen organizado. La tasa de homicidios del país ha venido en incremento durante la presente década, para 2015 alcanzó el nivel de 102.5 homicidios por 100 000 habitantes, lo que representa la tasa más alta del mundo. El gráfica 8 muestra la tendencia de la tasa nacional de homicidios en el periodo de 1965 a 2015. La tasa pasa de 18.5 a 68.1 homicidios por cada 100 000 habitantes en 2014, y en 2015 se disparó a 102.5. Tal tendencia es superior a la

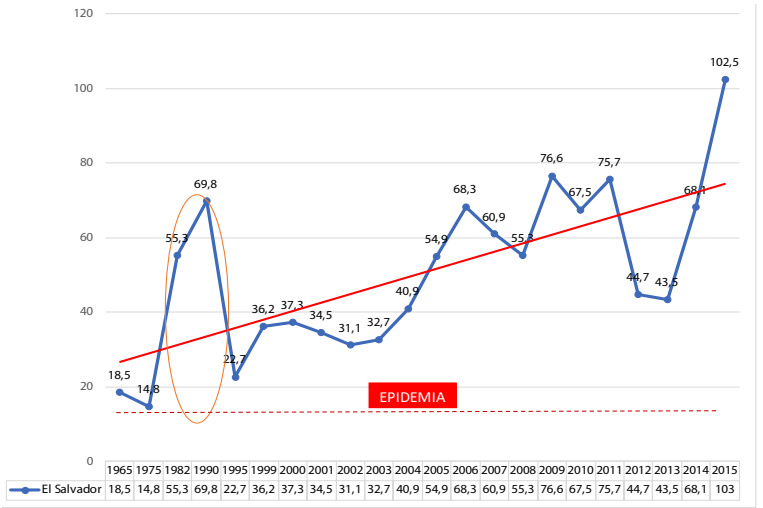
[4] *Idem*.

ocurrida en el periodo previo (1975-1981) a la guerra civil en el país, y durante la misma (1982-1992), cuyos datos también pueden leerse en la gráfica. Hacia 1995 se produce una caída sustancial y en los siguientes cuatro años se produjo una tendencia de ascenso sustancial.

Los datos anteriores pueden complementarse con la gráfica 9, que muestra una elevación sustancial de los homicidios, desde 2007 hasta 2015. Es clara la elevación sustancial en el periodo, siendo más drástica de 2014 a 2015, pasando de 3 910 a 6 621. Esta gráfica muestra también el comportamiento de otras acciones delictiva que constituyen amenazas directas a la vida.

El nivel de violencia expresado en los datos presentados ha afectado principalmente a los jóvenes entre los 15 y los 29 años a los

Gráfica 8. Tendencia de la tasa nacional de homicidios
periodo 1965-2015



Fuente: Policía Nacional Civil de El Salvador y Fundemos Paz.

Cuadro 3. Deportaciones Terrestres desde México
en el periodo 2012-2014

Por rango de edad	*2012*	*2013*	*2014*	*Total para el periodo*
0 - 4 Años	31	71	584	686
5 - 9 Años	67	107	592	766
10 - 14 Años	267	368	1 003	1 638
15 - 17 Años	694	975	1 921	3 590
18 - 19 Años	1 255	1 423	2 016	4 694
20 - 24 Años	3 137	3 629	5 062	11 828
25 - 29 Años	2 268	2 463	3 698	8 429
30 - 34 Años	1 854	2 088	2 942	6 884
35 - 39 Años	1 283	1 565	2 194	5 042
40 - 44 Años	705	827	1 212	2 744
45 - 49 Años	306	433	622	1 361
50 - 54 Años	152	193	271	616
55 - 59 Años	54	75	131	260
60 a más	58	43	69	170
Total	12 131	14 260	22 317	48 708

Fuente: Dirección General de Migración y Extranjería (DGME) El Salvador.

que también corresponde el mayor número de jóvenes que migran. Los datos de la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME) sobre deportados vía terrestre muestran con claridad la concentración de casos en los rangos de edad señalados (véase cuadro 3).

En un estudio realizado en 2014 por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas de El Salvador para ACNUR y OIM sobre la Caracterización de la Población Salvadoreña Retornada con Necesidades de Protección se mostró también como las zonas y departamentos del país con más altas tasas de homicidios eran las zonas de donde provenían o hacia donde retornaban los

migrantes adultos que declaraban haber migrado por razones de inseguridad para sus vidas.[5]

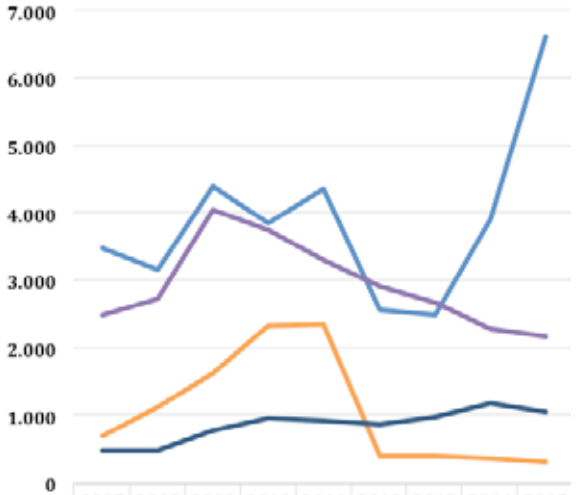
En oposición a la idea dominante que la pobreza es la causa dominante de las migraciones, y en contra del discurso oficial del gobierno salvadoreño sosteniendo aquella posición, y negando el peso fuerte que en los últimos años ha adquirido la situación de violencia como motivación para la migración, el mismo estudio nota la relación inversa de la migración respecto a la pobreza y la mayor vinculación con las condiciones de violencia en las diferentes zonas del país.

Con base en la clasificación de Asentamientos Urbanos a partir de sus condiciones de pobreza, establecida a partir de ingresos; las necesidades básicas insatisfechas entre las que se encuentran la calidad de la vivienda, el acceso a servicios de agua potable, el saneamiento, el acceso a los servicios de salud y de educación, la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- Programa El Salvador, elaboró un mapa de la pobreza rural y posteriormente uno de pobreza urbana. Apoyados en dicha clasificación, en el mismo estudio elaborado por la UCA para OIM se construye el cuadro 4 que a continuación se reproduce. En él se ubica el número de los AUPS según las distintas categorías de precariedad y los *rankings* de los departamentos en cuanto a pobreza y número de personas repatriadas vía terrestre que salen de ellos. El *ranking* de los departamentos según el número de personas que de ellos salen está basado en los análisis realizados en este estudio.

Al comparar la procedencia de las personas de desplazamiento externo con la pobreza de esos departamentos no se observa una relación consistente. En efecto, la correlación entre el *ranking* de pobreza (columna 8) y el *ranking* de los departamentos de donde han salido de manera irregular las personas migrantes (columna

[5] UCA-ACNUR-OIM, 2014.

Gráfica 9. Número de delitos que se constituyen en amenaza directa a la vida por año: de 2007 a 2015



	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
HOMICIDIOS	3.497	3.179	4.401	3.854	4.360	2.570	2.496	3.910	6.621
EXTORSIONES	2.497	2.728	4.054	3.763	3.305	2.926	2.681	2.292	2.179
VIOLACIONES	705	1.128	1.622	2.329	2.356	395	395	362	314
PRIVACIÓN DE LIBERTAD	491	492	783	963	931	862	977	1.186	1.058

Fuente: Policía Nacional Civil de El Salvador y Fundemos Paz.

9) es de -0.31, la cual no es significativa. Es ilustrativo notar que los lugares de dónde más emigran personas y que posteriormente fueron repatriados vía terrestre es del Departamento de San Salvador, pero ese departamento tiene el último *ranking* en nivel de pobreza cuando se toman los AUPs en extrema y alta precariedad como criterio. Igualmente, el Departamento de La Libertad que tiene el segundo *ranking* de donde salen las personas migrantes tiene el octavo *ranking* en pobreza. Similarmente, cuando se toma el porcentaje de hogares en situación de pobreza, según la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples (EHPM) de la Dirección Gene-

ral de Estadística y Censos (DIGESTyC) de El Salvador se llega a la misma conclusión. Los datos de la EHPM se encuentran en el Cuadro 5. Al igual que con los datos del mapa de pobreza el *ranking* de los departamentos según el número de personas que de ellos salen está basado los análisis de este estudio. Ambos cuadros (4 y 5) han sido tomados del estudio mencionado.

IV. Legislación nacional

El Salvador cuenta con una Ley de Extranjería que regula los flujos de inmigración, que data desde 1948 y a la que no se le ha realizado ninguna enmienda. Dada la antigüedad de este marco legal resulta difícil su aplicabilidad. Se trata de una normativa de poco uso por lo que las regulaciones se han dejado a la promulgación de decretos y normas ejecutivas que no forman parta de un cuerpo legal coherente y sistemático. Por ejemplo, los flujos de trabajadores nicaragüenses y hondureños están regulados por el Ministerio de Trabajo y la DGME tiene muy poco que ver. En la actualidad, los flujos de migrantes extracontinentales representan un desafío para el Estado, particularmente en lo que se refiere al diseño de mecanismos de protección de sus derechos, el otorgamiento de permisos migratorios, mecanismos de regularización y la imposición de sanciones y multas. Actualmente se trabaja en una nueva Ley de Extranjería cuyo borrador se encuentra en la Asamblea Legislativa para su aprobación. También los países de Centro América han elaborado un borrador de Ley Centroamericana de Migración, cuyo objetivo es constituir un marco legal de carácter general en la que las legislaciones nacionales puedan adscribirse y armonizarse.

Es del otro lado de la ecuación donde El Salvador ha avanzado. Cuando la masiva emigración de salvadoreños irrumpe en la década de 1980 se vio la necesidad de ir construyendo un marco legal e institucional que cumpliera con los objetivos de protec-

Cuadro 4. Asentamientos urbanos precarios según predominancia de precariedad por Departamento, *ranking* de pobreza y *ranking* de número de deportados

(1)	*AUPs en precariedad*				*(6)*	*(7)**	*(8)*	*(9)***
Departamento	*(2) Extrema*	*(3) Alta*	*(4) Moderada*	*(5) Baja*	*Total AUP*	*Pobreza*	*Ranking Pobreza*	*Ranking Repatriados*
Ahuachapán	42	63	35	18	158	66.5%	13	7
Cabañas	1	11	22	2	36	33.3%	13	9
Chalatenango	6	23	29	8	66	43.9%	12	10
Cuscatlán	23	40	25	7	95	66.3%	4	14
La Libertad	43	138	102	35	318	56.9%	8	2
La Paz	43	72	53	11	179	64.2%	5	11
La Unión	21	37	22	4	84	69.0%	2	8
Morazán	20	15	23		58	60.3%	7	13
San Miguel	32	54	54	28	168	51.2%	11	6
San Salvador	36	108	180	261	585	24.6%	14	1
San Vicente	21	27	31	14	93	51.6%	9	12
Santa Ana	48	76	67	50	241	51.5%	10	5
Sonsonate	84	58	57	36	235	60.4%	6	3
Usulután	66	67	44	15	192	69.3%	1	4

Fuente: elaboración propia con datos del Mapa de Pobreza Urbana y Exclusión Social, FLACSO, 2010.

* Pobreza= (AUP en precariedad ALTA + AUP en precariedad Moderada)/Total AUP.

** *Ranking* del Departamento de donde han salido las personas migrantes deportadas.

Cuadro 5. Hogares en situación de pobreza según Departamento, *ranking* de pobreza y *ranking* de número de deportados

	% Hogares en situación de pobreza		*% Total*	*Ranking Pobreza*	*Ranking Deportados*
	Extrema	*Relativa*			
Ahuachapán	16.26	32.44	48.79	1	7
Cabañas	17.73	30.22	47.95	2	9
Chalatenango	12.74	25.39	38.13	9	10
Cuscatlán	10.01	26.55	36.56	11	14
La Libertad	7.28	23.72	31.00	13	2
La Paz	10.7	28.78	39.48	7	11
La Unión	12.51	26.23	38.74	8	8
Morazán	15.13	30.37	45.50	3	13
San Miguel	11.31	25.61	36.92	10	6
San Salvador	4.10	20.75	24.85	14	1
San Vicente	10.57	32.19	42.76	5	12
Santa Ana	7.86	26.78	34.64	12	5
Sonsonate	11.04	28.81	39.85	6	3
Usulután	12.51	30.79	43.30	4	4

Fuente: elaboración propia con base en EHPM de la DIGESTYC, 2012.

ción y respeto de los derechos humanos y al fortalecimiento de los vínculos de la creciente diáspora salvadoreña, mayoritariamente en Estados Unidos, con el país. De esta manera, en 2012 se crea la Dirección General de Atención al Migrante dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores como la instancia gubernamental para el fomento de la vinculación de la diáspora con el país, además se nombra al vicepresidente como encargado de atender el tema migratorio.

Adicionalmente, en 2003 se crea dentro de la Asamblea Legislativa la Comisión de Relaciones Exteriores, Integración Centroamericana y Salvadoreños en el Exterior y en 2003 ratifica la Convención de las Naciones Unidas para la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

También la DGME, adscrita al Ministerio de Justicia y Seguridad, ha dedicado funcionarios y recursos, desde 2006, para la recepción de población retornada estableciendo dos oficinas, una en el Aeropuerto Internacional "Monseñor Óscar Arnulfo Romero" que atiende a retornados vía aérea desde Estados Unidos y el Centro de Atención Integral al Migrante (CAIM) que atiende a retornados vía terrestre desde México. En este marco se han desarrollado instrumentos específicos para la atención de grupos vulnerables especialmente de niños, niñas y adolescente.

En 2004 se crea el Viceministerio de Salvadoreños en el Exterior como la instancia pública de más alto nivel, y en 2009 se comienza a fortalecer el Viceministerio con instrumentos de intervención y de protección de migrantes irregulares. En 2012 se aprueba la Ley Especial de Protección y Desarrollo de la Persona Migrante y su Familia y se crea el Concejo Nacional de Protección y Desarrollo de la Persona Migrante (Conmigrante) como la instancia intersectorial e interinstitucional para proponer y supervisar las intervenciones y prácticas de atención a los migrantes. Ese mismo año, la Asamblea Legislativa aprueba la Ley del Voto en el Exterior que

garantiza el derecho al voto en las elecciones presidenciales de todos los salvadoreños que residen fuera del territorio.

Hasta aquel momento El Salvador carecía de un documento de política pública que integrara los proyectos y acciones de protección consular. En 2014 se aprueba la "Política Institucional de Protección y Vinculación para los Salvadoreños Migrantes", este documento de carácter integral propone trabajar en seis áreas en torno a la creación de un sistema de protección consular: *a)* Institucionalizar procedimientos especiales de protección consular; *b)* Garantizar el enfoque de los derechos humanos en los servicios consulares y diplomáticos; *c)* Institucionalizar el trabajo en redes y alianzas para para la protección legal y humanitaria; *d)* Fortalecer los mecanismos de monitoreo, observación de la población migrante ; *e)* Promover la recepción y reinserción digna de las personas retornadas; *f)* Promover el enfoque de derechos humanos de las personas migrantes y sus familias en el posicionamiento internacional del Estado Salvadoreño.[6]

Por su parte, Conmigrantes también lanza en 2015 una consulta nacional para la formulación una política pública de atención al migrante. Ésta propone concentrar los esfuerzos de protección en las siguientes áreas: *a)* la promoción de una migración digna, segura y respetuosa de los derechos humanos; *b)* facilitar la articulación intersectorial e interinstitucional para la atención, protección y restitución de los derechos fundamentales de las personas migrantes salvadoreñas; *c)* promover y garantizar la articulación intersectorial n los procesos de recepción, atención e inserción de las personas retornadas; *d)* facilitar el desarrollo de mecanismos efectivos de articulación interinstitucional e intersectorial para la protección de la persona migrante salvadoreña, incluyendo aquéllas en tránsito, que han sido víctimas de agresiones, otros delitos o han sufrido violaciones en sus derechos humanos; y *e)* propiciar

[6] Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, 2014.

un sistema de información acerca de la población salvadoreña migrante.[7]

Desde 2009, también, El Salvador empezó un proceso de reingeniería de la red consular, se brindó particular atención a las Agencias Consulares de Protección. Dentro de este marco se delinearon los siguientes objetivos: *a*) desarrollar las acciones necesarias para garantizar una gestión consular integral, eficiente y oportuna; *b*) promover al más alto nivel en las respectivas jurisdicciones consulares una gestión que permita la aplicación de la política de protección a migrantes irregulares con atención especial a grupos vulnerables; *c*) desarrollar procesos de protección con enfoque de derechos humanos; *d)* promover consulados integrados con los demás países de la región.

1. Balance de la legislación acerca de la cobertura legal de inmigrantes e inmigrantes según la normativa internacional sobre derechos de los migrantes

Si bien El Salvador ha avanzado en la construcción del marco legal e institucional, se ha avanzado poco en la consecución de los objetivos de protección migratoria y defensa de los derechos humanos de los migrantes. Si bien se mantiene el marco legal e institucional, se han abandonado los instrumentos de gestión consular de protección; por ejemplo, el documento de política institucional de las acciones del Viceministerio para Salvadoreños en el Exterior es un documento secreto, y el marco estratégico de Conmigrantes ha permanecido por casi un año en estado de borrador. En la misma línea, tampoco se ha consolidado un sistema de capacitación consular permanente que provea de las herramientas conceptuales y operativas para el trabajo consular de protección; aunado a lo

[7] Ministerio de Relaciones Exteriores, 2016.

anterior y dada la enorme crisis fiscal en la que el gobierno se ha sumergido, los consulados tienen pocas posibilidades de financiar los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento, se prevé que esta crisis se agudice en el corto plazo lo que supondrá una mayor escases de recursos consulares. El caso particular de Conmigrantes exhibe esta problemática con mayor claridad. Dada la poca disponibilidad de recursos, su estructura y funcionamiento han sido poco conocidas y visibles por la población y por los migrantes en particular lo que la ha convertido en un organismo inocuo con poco impacto.

Con todo, El Salvador presenta avances significativos en la formulación de políticas públicas de protección, al igual que en lo que respecta al desarrollo de los marcos legales e institucionales de atención a los migrantes irregulares. Esto es una enorme ventaja ya que los instrumentos de política están formulados; el gran problema tiene que ver con la implementación de estos instrumentos, las acciones e intervenciones concretas han quedado mayoritariamente a la discreción de las autoridades. No se han encontrado evidencias que estos instrumentos de planificación estén siendo implementados.

2. Tráfico ilícito de personas

El tráfico ilícito de personas es un problema actual de graves consecuencias. El Salvador se ha ido consolidando como territorio de destino de migrantes irregulares, especialmente de Nicaragua y Honduras; y por otro, como espacio de tránsito de migrantes irregulares desde Sudamérica y otros continentes, mayoritariamente de Asia y África. Como se anotó antes, la Ley de Migración y Extranjería data de 1948 y respondía a las necesidades que surgieron después de la Segunda Guerra Mundial, pero no a las exigencias del contexto migratorio actual. Esto ha llevado a un vacío legal: no existen instrumentos legales nacionales que regulen la migra-

ción irregular, no se sabe a éstos se les puede otorgar un permiso temporal de residencia, un salvoconducto para transitar el país o se les retornará a sus países de origen. Hasta ahora, solamente se les otorga alojamiento temporal en las instalaciones del Centro de Atención Integral para Migrantes (CAIM).

Ante la ausencia de un marco legal, se han realizado reformas al Código Penal que contempla sanciones al tráfico ilícito y a la trata de personas y se ha creado una unidad específica en la Fiscalía General de la República.

3. Recomendaciones

Es importante y urgente avanzar en la aprobación de la nueva Ley de Migración y Extranjería que llene los vacío legales e institucionales para abordar de manera consistente la migración irregular, el tráfico ilícito y la trata de personas. Esto también evitará que el tratamiento a esta problemática responda a criterios subjetivos de los funcionarios y a coyunturas específicas de crisis migratoria.

Si bien, como ha quedado plasmado, se ha avanzado en la creación de los marcos legales e institucionales para responder a los desafíos de la emigración irregular de salvadoreños, hace falta mucho camino que recorrer en la implementación de éstos así como en la formulación de instrumentos operativos que hagan posible su concreción, para ello se requiere mucha voluntad política y hacer de la migración un problema prioritario en la agenda política.

4. Nexo migración y desarrollo. Análisis de las remesas económicas y sociales

La vinculación entre migración y desarrollo ha sido uno de los aspectos de mayor investigación y análisis dentro del tema de la

migración, particularmente hacia los Estados Unidos.[8] La mayoría de estos estudios se han concentrado en el impacto de las remesas en el desarrollo económico y social de los países de origen de la migración. Solo en el 2015 estos flujos financieros a nivel mundial alcanzaron la cifra de 601 billones de dólares. En este contexto, las transferencias monetarias representan recursos financieros muy importantes para los países receptores que han permitido la estabilidad macroeconómica, a nivel nacional, y el acceso a servicios sociales básicos y a bienes de consumo a nivel de las familias receptores con evidentes impactos en la situación de pobreza. Sin embargo, como se constata más adelante, las remesas han tenido escaso impacto en el ahorro e inversión tanto a nivel nacional como familiar.

Desde la década de 1980, El Salvador ha contado con crecientes recursos provenientes de las remesas familiares, a tal grado que en la siguiente década comienza a fortalecerse en nuevo modelo de desarrollo económico que sustituía a los principales rubros agrícolas de exportación (café, algodón y caña de azúcar) por las remesas como el principal pilar del crecimiento de la economía,[9] coincidiendo con los Acuerdos de Paz de 1992. La economía transitó de la agroexportación a las remesas. Este cambio se consolidó en los siguientes años. Para el siglo XXI las remesas constituían el pilar básico de la economía, responsable en buena medida del equilibrio macroeconómico y del crecimiento de la demanda agregada. En la gráfica 10 se muestra la evolución del monto de remesas que el país ha recibido desde 1995.

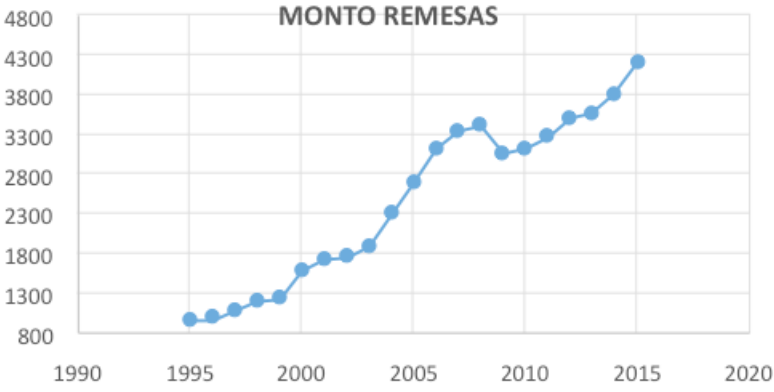
[8] R. García Zamora y M. Orozco, *Migración internacional, remesas y desarrollo local en América Latina y el Caribe*, México, Porrúa, 2009. Orozco, M., *América Latina y el Caribe: desarrollo, migración y remesas*, Buenos Aires, Teseo, 2012; Márquez Cobarrubias, Delgado Wise, *Espejismos del río de oro: dialéctica de la migración y el desarrollo en México*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2012.

[9] A. Segovia, *Transformación estructural y reforma económica en El Salvador*, Ciudad de Guatemala, FyG Editores, 2002.

Como se aprecia en la gráfica 10, las remesas han aumentado de manera constante desde que el país cuenta con registros confiables. En dos décadas pasó de 800 a 4 300 millones de dólares con una tasa de crecimiento anual promedio de 7.25%. Tal crecimiento supera a cualquier otra variable macroeconómica. Sin embargo, debido a la crisis financiera internacional este crecimiento se vio interrumpido en 2009, pero se recupera rápidamente en los siguientes años. El cuadro 6 prueba la importancia macroeconómica de estas transferencias financieras.

Los datos evidencian con claridad la importancia de las remesas. En 2015 representaron el 16.4% del PIB, el 63% de las exportaciones, casi el 40% de las importaciones y fueron responsables del 16% del consumo total y, como se indicó antes, es la variable que ha tenido un mejor desempeño durante el periodo registrado, pero también apunta a su vulnerabilidad a presiones externas. En 2009 las remesas se redujeron en un poco más de 400 millones de

Gráfica 10. Monto de remesas familiares anuales 1995-2015
(en millones de dólares)



Fuente: elaboración propia con base en datos del Banco Central de Reserva de El Salvador.

Cuadro 6. Importancia macroeconómica
de las remesas familiares 2000-2015
(variables seleccionadas y en porcentajes)

Año	*Rem*	*Rem/PIB*	*Rem/expor.*	*Rem/import.*	*Rem/cons.*
2000	1583.7	12.06	44.01	28.42	12.29
2001	1725.7	12.49	48.37	30.01	12.60
2002	1760	12.30	46.66	29.95	12.51
2003	1891.7	12.57	46.45	29.26	12.71
2004	2301.4	14.57	54.04	32.89	14.40
2005	2693.9	15.76	61.47	35.69	15.38
2006	3122	16.83	65.53	36.45	16.24
2007	3344.1	16.63	64.26	34.44	15.68
2008	3412.8	15.92	59.24	32.04	14.80
2009	3061	14.82	63.87	38.31	14.52
2010	3127	14.60	56.32	34.08	14.09
2011	3273.1	14.15	50.56	30.31	13.56
2012	3510.8	14.74	57.54	33.45	14.13
2013	3564.2	14.64	55.50	32.11	14.04
2014	3813.5	15.22	58.83	34.83	14.61
2015	4217.2	16.31	62.85	38.81	15.98

Fuente: elaboración propia con base en datos del Banco Central de Reserva de El Salvador.

dólares producto, principalmente de la reducción de los salarios y del aumento del desempleo latino en Estados Unidos.[10]

Desde la perspectiva de las familias receptoras, las remesas tienen una importancia significativa. En primer lugar, a nivel del país las remesas llegan a más de casi 350 000 familias, un poco más de la quinta parte del total. En segundo lugar, en una gran proporción, 85%, se destina al gasto corriente del grupo familiar; mien-

[10] J. J. García, *El impacto de las crisis en las remesas y el desarrollo: un nuevo desafío para El Salvador*, El Salvador, Fundación Frierich Ebert, 2009.

tras que sólo el 2.5% los destinan al ahorro e inversión; el 2.85% las utilizan para sufragar gastos de salud y el 7.1% lo destinan a la educación de los miembros del grupo familiar. Esta lógica del uso de las remesas ha tenido un impacto importante en mejorar la situación de pobreza. La proporción de familias pobres es 8% menor que aquellas que no son receptoras. En esta misma línea, el impacto en el ingreso es sustancial, estas constituyen un poco más del 30% del ingreso familiar total.

El uso anterior de las remesas ha sido ampliamente discutido.[11] Para algunos, la pequeña proporción destinada al ahorro e inversión es producto de inadecuadas políticas económicas que no han incentivado el uso de las remesas en áreas más sostenibles y que el impacto en el desarrollo ha sido muy pequeño. Para otros, lo anterior expresa una visión incorrecta de entender la lógica económica de estos recursos. Las remesas no son flujos financieros de capital, sino salarios de naturaleza binacional que, como todo salario, se destina a la reproducción material de la fuerza de trabajo, a los gastos corrientes de las familias y no a aumentar sus niveles de inversión y de ahorro. Desde esta última perspectiva, el impacto en el desarrollo estaría dado por el efecto multiplicador en la economía, esto es, por el aumento que las remesas producen en el consumo y demanda agregada. Con todo, esta discusión está abierta, y dada la determinación del uso de las remesas por el migrante que las envía, es importante para la sostenibilidad de los niveles de consumo generar incentivos para aumentar la proporción de remesas-capital.

Hasta ahora se ha privilegiado un análisis economicista en el estudio de las relaciones entre migración, remesas y desarrollo. Es necesario levantar la vista y ver a las remesas más allá de su

[11] García Zamora, R., y M. Orozco, *Migración internacional, remesas y desarrollo local en América Latina y el Caribe*, México, Porrúa, 2009; Orozco, 2013; Márquez Cobarrubias, Delgado Wise, *op. cit.*, 2012.

impacto económico. Éstas también pueden ser de naturaleza social porque la transferencia depende de variables sociales. Una mirada más detenida en los determinantes del envío de remesas nos señala una situación más compleja que las variables laborales y de los mercados de trabajo en las economías de destino y de origen de los migrantes. Así, estas transferencias también son el resultado de complejas relaciones entre: el nivel de capital humano del migrante, las diferencias de género entre el receptor y el que envía, la prioridad e importancia de los receptores en la vida del migrante, el origen social del remitente, el tiempo de residencia del migrante en el país de destino, el nivel y la naturaleza de los vínculos entre el emisor y las familias y comunidad receptora, las necesidades de la familia receptora, el ciclo de vida de las familias receptoras, la naturaleza del imaginario de los migrantes, entre otros.

Lo anterior refuerza la idea que en el impacto de la migración en el desarrollo hay que también incluir otro tipo de remesas, las denominadas remesas sociales, que han sido entendidas como el "conjunto de estructuras normativas y sistemáticas de prácticas que fueron interiorizados por el migrante en su experiencia migratoria y que son puestas a disposición de la familia y comunidad en el origen".[12] Es decir, el concepto de remesas va más allá de la simple forma de dinero e integra complejas relaciones sociales y prácticas culturales que se esconden bajo el dinero transferido. Así por ejemplo las remesas monetarias también financian prácticas culturales familiares y comunales (fiestas, ritos religiosos, etc.), contribuyendo a la creación de un "fondo ceremonial" que fomenta la cohesión social de las familias y de las comunidades, así como contribuye a aumentar la identidad y sentido de pertenencia de los

[12] P. Levitt, "Social Remittances: A Conceptural Tool for Understanding Migration and Development". Working Paper, Series Number 96-04, 1996. Disponible en www.hsph.harvard.edu/hcpds/wpweb/96_04.pdf. *cit.* por J. Sans Abad, 2012, p. 3.

migrantes en la comunidad y estructuras familiares, aumentando la posición y prestigio social del migrante. Con el envío de dinero, también son transferidas prácticas culturales, valores, modos de comportamientos que son incorporados a las visiones del mundo y acciones sociales de las familias que se quedan. Si éstas son asimiladas pueden crear condiciones culturales y éticas coherentes con modelos de desarrollo que contribuyan a la sostenibilidad de la movilidad social del migrante y sus familias.

5. Actividades de la diáspora para el desarrollo del país de origen

El Salvador es un uno de los países de América Latina con mayores niveles de población migrante. En Estados Unidos residen aproximadamente entre 1 214 000 y 1 975 000, consolidándose como la segunda comunidad hispana más numerosa en ese país. Algunas características sociodemográficas revelan que se trata de una población joven, con un promedio de edad de 30 años; el 46% son casados; la tercera parte reside en el estado de California; el promedio de ingresos es de 20 800 dólares anuales; el 20% vive en situación de pobreza. Además, más del 71% de estos salvadoreños tienen un nivel educativo mayor a educación secundaria, mientras que producen dos veces el producto interno bruto del país, es decir, poseen el doble de la productividad interna.

No hay duda de que la comunidad de salvadoreños en el exterior posee mayores capacidades en educación y en productividad, por lo que representa una fuerza social y económica imprescindible en la construcción del desarrollo y de la democracia en el país. Un elemento imprescindible para los salvadoreños en el exterior pueda desplegar todo su potencial y contribuir al desarrollo es el fortalecimiento de los vínculos con el país. Hasta ahora, se han formulado pocos instrumentos de

vinculación y las acciones de la diáspora han sido voluntarias, segmentadas y esporádicas, sin que formen parte de políticas públicas orientadas hacia ese fin.

Las remesas colectivas, aquellas que son transferidas a la comunidad por parte de organizaciones de la diáspora, han sido importantes para financiar proyectos sociales educativos, de salud e infraestructura, así como festividades comunales. Aunque no se tienen datos exactos, aunque el Viceministerio de Salvadoreños en el Exterior ha calculado que el monto de esas remesas colectivas puede llegar a ser el 1% de las remesas familiares, es decir, pueden ser una cifra superior a los 40 millones de dólares. En términos generales, el esfuerzo espontáneo de la diáspora ha sido significativo y ha permitido en muchos casos, sustituir a los gobiernos locales en avanzar en la superación de los déficits sociales y avanzar en el desarrollo de las comunidades.

Dada la importancia de las remesas colectivas y la necesidad de fortalecer los vínculos de la diáspora con el país, en 2014 el gobierno formuló una Política Institucional de Protección y Vinculación para los Salvadoreños Migrantes, que tiene como uno de sus objetivos estratégicos promover el desarrollo de las comunidades de salvadoreños en el exterior para que participen en el desarrollo del país. Dentro de las acciones más importantes se contemplan apoyar la legalización de las organizaciones de salvadoreñas en el exterior, la promoción de nuevos y más fuertes liderazgos, la promoción de espacios para fomentar la proyección de estas organizaciones, fortalecer los espacios de comunicación y vinculación con la red consular y con instituciones del gobierno y organizaciones de la sociedad civil y creación de espacios sociales y culturales que promuevan la identidad de la diáspora con el país.[13]

[13] Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, *Política institucional de protección y promoción de los salvadoreños en el exterior*, El Salvador, Mirex, 2014.

En esa misma línea, se formuló un manual que permitiese la vinculación productiva de la diáspora mediante el estímulo a la realización de inversiones productivas. Esta propuesta incluía la movilización del emprendedurismo de los salvadoreños en el exterior para la promoción del desarrollo nacional, la promoción de la diáspora en el mercado de capitales, la promoción de inversiones en áreas estratégicas como el turismo, la construcción, bienes raíces y servicios de salud, y el fomento de filantropía de la comunidad en el exterior. Con todo lo anterior se pretendía llegar a la formulación de una política de vínculos. Sin embargo, el gobierno que asume el poder en 2014 desechó esta política institucional. Los esfuerzos de vinculación y la política de inversiones se han reducido a la participación gubernamental en las festividades nacionales como el día de los salvadoreños en Estados Unidos, la celebración del asesinato de Monseñor Romero y de la Independencia del país. De esta manera se ha abandonado la realización de esfuerzos y actividades que de manera sistemática contribuyan a vincular a la diáspora con el desarrollo económico y social del país.

6. Influencia de la migración en la sociedad del conocimiento

Dadas las características sociales, económicas y demográficas de los migrantes y la migración salvadoreña, así como la transferencia de remesas sociales, su impacto en la sociedad del conocimiento ha sido inevitable. Es común ahora el uso de tecnologías de la comunicación como Internet, *tablets*, *smartphones* y otros instrumentos tecnológicos. Se calcula, por ejemplo, que el número de teléfonos celulares es mayor que el tamaño de la población. Así, el fortalecimiento de las capacidades educativas y el acceso a la información y al conocimiento se ha visto favorecida por el uso masivo de estos recursos tecnológicos.

Igualmente, dadas las capacidades educativas, tecnológicas y productivas de una buena parte de la diáspora, el gobierno de El Salvador puso en marcha un programa denominado "El Salvador Global" que facilitase la trasferencia de conocimientos y tecnología de la diáspora a los jóvenes salvadoreños. El programa consistía en la formación de un grupo de intelectuales, académicos, empresarios e investigadores salvadoreños en el exterior para que a través de proyectos específicos transfiriesen conocimientos y habilidades a grupos de jóvenes y mujeres salvadoreñas para elevar la productividad de los esfuerzos productivos y mejorar su nivel de vida. Igualmente, se esperaba que esos vínculos permitiesen otorgar becas, pasantías y programas de voluntariado para fomentar los intercambios académicos. Con todo, estos esfuerzos quedaron en su fase inicial y el gobierno actual no le ha dado continuidad.

7. Propuestas y recomendaciones

Las remesas familiares se han constituido como uno de los pilares de la economía de El Salvador y en los hogares receptores de las mismas; estos impactos han permitido aumentar el mercado interno por su efecto multiplicador, esto debería ser un estímulo importante para aumentar las tasas de crecimiento de la economía y el empleo formal, sin embargo, esto necesita de políticas que hagan posible un proceso de crecimiento económico sostenible y basado en factores internos que disminuya la vulnerabilidad y la dependencia externa.

- Igualmente, el impacto en los hogares es sustancial. Las remesas han permitido reducir la pobreza en un 8% y han garantizado el acceso a los servicios sociales básicos de amplios sectores de población, Sin embargo, es importante diseñar políticas que permitan reducir la dependencia de las familias de las remesas familiares y lograr que, a través de

programas como la educación financiera se pueda aumentar el impacto en la economía de las familias, teniendo siempre en mente los límites que las remesas presentan dado la naturaleza de "salarios binacionales".

- Finalmente, el impacto de las migraciones en el desarrollo tiene que ir más allá de las remesas familiares monetarias. Las remesas colectivas que, aunque permanecen aún pequeñas, han mostrado un gran potencial para aliviar los déficits sociales del país. Sin embargo, se proponen dos elementos para aumentar aquel impacto: en primer lugar, que formen parte de los planes de desarrollo local y comunal; y en segundo, que se fortalezca la organización de la diáspora y sus vínculos que las comunidades de origen.
- La integración y la valorización de las remesas sociales deben ser asumidas como parte importante del desarrollo de las comunidades y del país. Las nuevas prácticas sociales, los nuevos marcos éticos económicos y los nuevos valores, la dimensión intangible de las remesas, deben ser asumidas como partes importantes del modelo de desarrollo, en la medida que sin el fortalecimiento de los vínculos y participación de la diáspora resultará más difícil la construcción de un nuevo modelo de desarrollo más justo y sostenible.

8. Salvadoreños en el exterior

La comunidad de salvadoreños en el exterior se estima en más de 2.5 millones. Aproximadamente se calcula que unos 60 mil salvadoreños dejan el país cada año.[14] Estados Unidos es el destino de la mayoría de salvadoreños, albergan al menos al 88.82% de los

[14] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano El Salvador 2010*, San Salvador, 2010.

Cuadro 7. Número y porcentaje de emigrantes salvadoreños por país de destino, 2010

Países de destino	*Número de emigrantes salvadoreños*	*Estructura (%)*
Estados Unidos	1 214 049	88.82
Canadá	49 801	3.64
Guatemala	14 855	1.09
Costa Rica	14 379	1.05
Australia	11 352	0.83
Belice	8 257	0.60
España	8 130	0.59
Italia	7 989	0.58
México	7 869	0.58
Honduras	5 474	0.40
Nicaragua	3.91	0.24

Países de destino	*Número de emigrantes salvadoreños*	*Estructura (%)*
Panamá	2 942	0.22
Suecia	2 899	0.21
Francia	1 119	0.08
Venezuela	813	0.06
Reino Unido	788	0.06
Alemania	768	0.06
Ecuador	717	0.05
Rep. Dominicana	546	0.04
Brasil	483	0.04
Resto de países	10 298	0.75
Total	1 366 819	100.00

Fuente: J. Cervantes, 2013.

salvadoreños en el exterior. En segundo lugar se ubica Canadá, con el 3.64%, (49 mil 801 salvadoreños). Mientras que Guatemala y Costa Rica se ubican en tercer lugar como países de destino (véase cuadro 6).

Según datos del BID, para 2011, lo salvadoreños representaban el segundo grupo de emigrantes en importancia numérica en los EEUU, sólo superado por los mexicanos. En cuanto a los estados estadounidenses que más habitantes salvadoreños registran están: California, con 573 mil 956 personas; Texas, donde habitan al menos 222 mil 599 salvadoreños; les siguen Nueva York, con 152 mil 130 salvadoreños; Virginia, con 123 mil 800; Maryland, con 123 mil 789 salvadoreños y Nueva Jersey, con 56 mil 532 compatriotas.

9. Perfil de los salvadoreños en los EEUU

La comunidad de salvadoreños en EEUU es muy fuerte, esto no sólo por el aspecto numérico, sino por su capacidad organizativa y su deseo por mantener un vínculo con El Salvador. Si bien, han logrado con relativo éxito la inmersión en la sociedad de destino, como sector, potencian de manera importante un sentido de identidad y arraigo entre los salvadoreños inmigrantes y los salvadoreños nacidos en los EEUU, con la realidad salvadoreña. En 2011, la población total (nativos e inmigrantes) de origen salvadoreño en Estados Unidos ascendió a casi dos millones, de estos sólo el 64% eran inmigrantes.

El crecimiento de la población salvadoreña en EEUU es constante: entre el 2004 y 2011 el crecimiento promedio se estimaba en 5.27% anual, con excepción de 2008 cuando el flujo migratorio fue negativo (-.85). Para el periodo 2009-2011 los salvadoreños en los EEUU representaron el sexto grupo de importancia numérica a nivel mundial y el segundo país a nivel de América Latina y el Caribe. En relación al sexo, el flujo es consistente con la distribución

de población femenina y masculina en el país, 46.9% y 53.1%, respectivamente. El 89.9% de los inmigrantes originarios se ubica en un rango de edad de 18 a 64 años. La estructura de los hogares es compuesta, además del núcleo familiar, una proporción importante cuenta con la presencia de miembros de otra familia o con no familiares. Teniendo en cuenta el promedio de años de escolaridad de los salvadoreños, el nivel educativo de la población inmigrante en los EEUU es alto, 1 de cada 2 es bachiller, o inició o completó sus estudios universitarios. En El Salvador para este mismo periodo la escolaridad promedio fue de 6.2 grados.

Los salvadoreños representan, en comparación con la región latinoamericana, el grupo poblacional que para el periodo 2000-2011, obtuvo en mayor proporción residencia permanente en Estados Unidos.[15] En consonancia, para este mismo periodo, en Estados Unidos el porcentaje de salvadoreños que cuenta con ciudadanía es relativamente superior al que se observa en el total de inmigrantes provenientes de Guatemala y Honduras, países con los que El Salvador comparte condiciones de pobreza e inseguridad bastante similares.

En relación con las oportunidades de acceso a vivienda y empleo. Para 2011, sólo el 42.8% del total de hogares de inmigrantes salvadoreños en los EEUU tenía vivienda propia, de éstos el 87.3% tenía la vivienda hipotecada. En cuanto al empleo, para el mismo periodo, el principal sector en que laboran los salvadoreños inmigrantes es el de alimentos, recreación y hospedaje (16.2%); seguido de quienes se ubican en el sector de la industria de la construcción (12.7) y servicios de administración, profesionales y científicos (12.8%). Las mujeres trabajadoras inmigrantes se concentran básicamente en el sector servicios (51.4), en tanto los hombres inmigrantes se distribuyen en al menos tres sectores: recursos naturales,

[15] J. Cervantes, *El perfil de la población de origen salvadoreño en los Estados Unidos*, Washington, D.C., 2013.

construcción y mantenimiento (31.6%); producción, transporte y movimiento de materiales (26.1%); y ocupaciones de servicios (25.5%).[16]

10. Asociaciones de inmigrantes

Como ya quedó evidenciado, los salvadoreños en el exterior no sólo contribuyen a la débil economía nacional a través del envío de las remesas individuales a sus familiares, sino que también lo hacen de forma colectiva, canalizando donativos en efectivo o en especies a través de clubes, comités y asociaciones. En los Estados Unidos, a estas organizaciones se les conoce como "asociaciones de emigrantes" (también conocidas como HTA, por las siglas en inglés de Hometown Associations) o "asociaciones pueblo a pueblo". La participación de los salvadoreños en agrupaciones en el exterior es muy activa, si bien, aún no se sabe con exactitud cuántas organizaciones de salvadoreños existen y el carácter legal de las mismas, se estima que su número, sólo en los EEUU en superior a cien.

La labor fundamental de los miembros de estas organizaciones es la de recaudar fondos para apoyar económicamente la realización de actividades recreativas, culturales y de desarrollo de la infraestructura en su territorio de origen. Así como la de mantener viva en los inmigrantes la identidad de ser salvadoreño, generando procesos para el fortalecimiento de un sentido de pertenencia y arraigo tanto en la población nativa como en la nacida en los EEUU. Más recientemente se ha abierto la posibilidad que los miembros de estas organizaciones participen de forma individual o colectiva en procesos de incidencia a nivel económico y político en El Salvador.

[16] *Ibid*.

Según la Dirección General de Atención a los salvadoreños en El Exterior, la gran mayoría de estos clubes, comités y/o asociaciones de salvadoreños y salvadoreñas residentes en el exterior se caracterizan por:

- Estar aglutinados sobre la base de parentescos, amistades o afinidades geográficas y, para llevar a cabo sus objetivos y fines, dependen en su totalidad del trabajo voluntario y de donaciones.
- En su mayoría, un grupo base de 10 miembros activos realizan la mayor parte del trabajo, aunque por lo general atraen el apoyo financiero y participación ocasional de un número mucho mayor de personas.
- Se concentran en brindar apoyo a su comunidad natal en particular. En algunos casos se alían con asociaciones de emigrantes de otras ciudades, pero casi siempre localizan sus esfuerzos hacia sus lugares de origen.
- Por lo general, las asociaciones de salvadoreños trabajan de cerca con una organización comunitaria que les sirve de contraparte o con referentes en su comunidad de origen, ya sea bajo la forma de una organización espejo o a través de un líder comunitario, por ejemplo un sacerdote o el director de un centro comunitario (escuela, puesto de salud, etcétera), para seleccionar y llevar a cabo sus proyectos.

Si bien, la presencia organizada de los salvadoreños en el exterior es de la larga data, con la entrada en vigencia de la Ley Especial para la Protección y Desarrollo de la Persona Migrante Salvadoreña y su Familia (LPDM), en abril de 2011, se abre un espacio para el reconocimiento de estas instituciones y su labor en El Salvador, más allá de su aporte a las familias y al país a través de la remesas. El artículo 6 de dicha Ley establece con claridad que el Consejo Nacional para la Protección y Desarrollo de la Persona

Migrante y su Familia, deberá incorporar dentro de su estructura a los migrantes "organizados" y que tendrá como función convertirse en un ente coordinador interinstitucional e intersectorial del Estado y los migrantes salvadoreños.

Dentro de los aspectos más relevantes contemplados en la ley en relación con las asociaciones de salvadoreños en el exterior se citan: recomendar la creación de una base de datos de los salvadoreños y asociaciones de estos residentes en el exterior; y reconocer el derecho a que los migrantes en el exterior tengan presencia dentro de la estructura orgánica de Conmigrante; y, voz y voto en las decisiones del Consejo. Así, se establece que el pleno del Consejo estará integrado por tres representantes de las asociaciones de salvadoreños radicados en el exterior. Para participar del proceso de las organizaciones deben cumplir los requisitos contemplados en el Art. 25 del Reglamento de Ejecución de la Ley Especial para la Protección y Desarrollo de la Persona Migrante Salvadoreña y su Familia.

A la fecha, se cuentan dieciséis instituciones habilitadas para participar en la sesión de asociaciones de salvadoreños radicados en el exterior y de formar parte en Conmigrante. Estas organizaciones representan a salvadoreños radicados en cinco países: Estados Unidos, Canadá, Venezuela, Belice y España. Es importante señalar que este proceso de incorporación ha tenido que ser flexibilizado, dada las limitaciones que a la fecha poseen las organizaciones para cumplir todos los requisitos establecidos en la Ley.

En El Plan Quinquenal de Desarrollo 2014-2019 "El Salvador Productivo, educado y Seguro", se establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Viceministerio para los Salvadoreños en el Exterior, tiene como objetivo "fortalecer en la población salvadoreña en el exterior la vigencia plena de sus derechos y su integración efectiva al desarrollo del país". Este objetivo se desglosa en dos grandes líneas de acción. La primera es el fortalecimiento de la vinculación de la ciudadanía salvadoreña residente

en el exterior con los procesos sociales, culturales, políticos y económicos del país. La segunda, la promoción del respeto y protección de los derechos humanos de los connacionales migrantes y de sus familias.

El primero de estos objetivos se concreta a través de la Dirección General de Vinculación con Salvadoreños en el Exterior, instancia que busca estrechar lazos con los salvadoreños residentes en el extranjero para generar arraigo y mecanismos de vinculación con sus comunidades de origen, o con el país en general, para su participación plena en el quehacer político, educativo, económico y social de la nación. El trabajo que realiza es a favor de propiciar el ejercicio de la ciudadanía salvadoreña en el exterior; facilitar la organización formal de las comunidades de los compatriotas fuera de las fronteras patrias, de acuerdo con las normas legales de los países de destino; reforzar la identidad nacional, propiciar mecanismos para la efectiva participación política en los procesos electorales y en las consultas ciudadanas, entre otros. Igualmente, ese trabajo está orientado a fortalecer el arraigo desde una perspectiva territorial con énfasis en los grupos poblacionales más vulnerables a la migración irregular, y en el marco de los flujos migratorios mixtos, compatriotas retornados, insertados a la vida económica y social.

Dentro de este marco la visión del trabajo consular se ha visto modificada, principalmente en los consulados que atienden población salvadoreña en México, Estados Unidos y Canadá, países en lo que la representación consular se ha incrementado en los últimos años, contabilizándose a la fecha cuatro consulados generales en México y Canadá, y 17 en EEUU. Los ejes que orientan el trabajo de los consulados son: *a)* fortalecimiento de la identidad*; b)* modernización de los servicios consulares; *c)* vinculación y desarrollo; y *d)* protección-gestión humanitaria. Los esfuerzo si bien se orientan a la oferta de servicios a todos los salvadoreños en el exterior, se han identificado grupos que por su condición de vulnerabilidad

o por su potencialidad como gestores de desarrollo son sujetos de acciones específicas. Dentro de estas iniciativas se destacan:

- El Salvador Global. Profesionales en el exterior, iniciativa cuyo objetivo es crear una red de connacionales talentosos que viven fuera del país, y generar procesos de vinculación e intercambio de tecnologías. En enero de 2013, el proyecto se pone en marcha con al menos 19 proyectos de cooperación.
- Red de Juventudes de Salvadoreños en el Exterior. El objetivo inicial de esta red es generar proceso y mecanismos de cohesión de los jóvenes que residen en diferentes lugares de los EEUU. A la fecha, funcionan 13 capítulos de jóvenes en EEUU, Canadá, Centroamérica y Europa.
- Mujeres destacadas en el exterior. Esta iniciativa promueve la identificación de 100 mujeres salvadoreñas que residen en el exterior y que sean destacadas. A la fecha, se han reconocido al menos 35 mujeres, quienes han sido propuestas por sus comunidades en el exterior como ejemplos de éxito, y han recibido un reconocimiento formal y público por parte de la Ministerio de Relaciones Exteriores.

11. Principio de codesarrollo y los procesos de vinculación

Más allá de las remesas individuales, los salvadoreños en el exterior representan para el sector económico del país una oportunidad de desarrollo. Sectores específicos se han visto potenciados como producto de la demanda de servicios que hace la diáspora. Cinco son los sectores más beneficiados de este intercambio: *a)* productos nostálgicos, en este rubro destacan los productos comestibles y las artesanías; *b)* demanda de servicios informativos y uso de tecnología; *c)* bienes inmuebles, lo que ha representado un crecimiento

del mercado inmobiliario, *d)* canales de comunicación y *e)* turismo y demanda de transporte aéreo. Las microeconomías y emprendimientos familiares también se han visto beneficiados a partir de las remesas, aun cuando no se cuentan con datos precisos de la proporción de las remesas que se destina a este sector, sí hay experiencias significativas de emprendimientos de inversión social local.[17]

Particularmente, el sector bienes inmuebles se ha visto potenciado en el marco de la iniciativa del Fondo Social para la Vivienda (FSV), denominado "Plan Vivienda Cercana". Datos presentados por FSV muestran que para julio de 2011, 437 créditos por un monto de US$12.1 millones habían sido aprobados a salvadoreños en el exterior, montó que triplica el otorgamiento de créditos para salvadoreños en el exterior con respecto al periodo de julio 2010. En esa misma nota se informa sobre el estatus migratorio de quienes solicitan este tipo de créditos, evidenciándose que el mismo no se convierte en un obstáculo para los salvadoreños. El estatus migratorio de quienes solicitan precalificación es el siguiente: 29% son residentes, el 19% son ciudadanos, el 18% está amparado al TPS y cerca de un 12% de quienes consultaron no poseen estatus legal.

El Estado salvadoreño a través de la Dirección General de Vinculación de Salvadoreños en el Exterior, del Ministerio de Relaciones Exteriores, busca generar procesos que fomenten el ejercicio de sus derechos individuales y colectivos de los salvadoreños en el exterior, y del fortalecimiento de sus vínculos con sus comunidades de origen en El Salvador. El objetivo es fortalecer y generar los espacios para la trasferencia tecnológica, intercambio, conocimientos, e iniciativas de inversión y negocios dentro y fuera del país. Esto en el marco de lo establecido en el artículo 2, literal *f* de ley,

[17] E. Nosthas, "El caso de El Salvador: Programa Unidos por la Solidaridad", en R. Fernández *et al.* [eds.], *El programa 3x1 para migrantes ¿primera política transnacional en México?*, Universidad Autónoma de Zacatecas, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano El Salvador 2010*, San Salvador, 2010.

que plantea el principio de codesarrollo, que implica una manera positiva de vincular la migración con el desarrollo, reconociendo a los migrantes como agentes para el mismo. Esta visión significa un cambio de paradigma en cuanto a la concepción de desarrollo vinculado con las remesas.[18]

12. Estado de la convivencia: la discriminación por ser persona migrante

Uno de los problemas de mayor impacto en la experiencia de los migrantes irregulares salvadoreños hacia los Estados Unidos tiene que ver con los distintos sucesos de violencia y acciones violatorias de los derechos humanos en la ruta migratoria por actores diversos. El hecho de que tengan que acudir a los servicios de los coyotes que, efectivamente, son un eslabón de una cadena bastante extensa y clandestina de personas que se dedican al tráfico de personas, los pone en condiciones precarias y de inseguridad. Aun cuando es bastante común que en el trato con los coyotes los migrantes pacten una cantidad —que ronda entre los US$7 000 a US$11 000— por tres intentos, esto no los aleja de los peligros y atropellos de los mismos coyotes. Las personas migrantes están a la merced de esta red de traficantes que abusan de ellos, los abandonan en el trayecto, los entregan por dinero a las autoridades migratorias mexicanas y hasta los venden como mercancía a grupos criminales armados organizados en territorio mexicano.[19] Pero

[18] A. Canales, "Remesas y desarrollo en América Latina. Una relación en busca de teoría", *Migración y Desarrollo*, núm. 11, 2008, pp. 5-30.

[19] M. Gaborit *et al.*, *La esperanza viaja sin visa. Jóvenes y migración indocumentada de El Salvador*, San Salvador, UNFPA-UCA, 2012; M. Gaborit *et al.*, *Atrapados en la tela de araña. La migración irregular de niños y niñas salvadoreños hacia los Estados Unidos*, San Salvador, Talleres Gráficos UCA, 2016; M. Gaborit *et al.*, "Niñez, migración y derechos humanos", en K. Musalo, L. Frydman, y P. Ceriani Cernadas [eds.], *Niñez*

también se encuentran indefensas ante las autoridades mexicanas, sobre todo aquellas no autorizadas para efectuar detenciones, quines o abusan del poder o los extorsionan, como los relatos de muchos migrantes indocumentados testifican.

13. Discriminación por la actuación de autoridades mexicanas no autorizadas

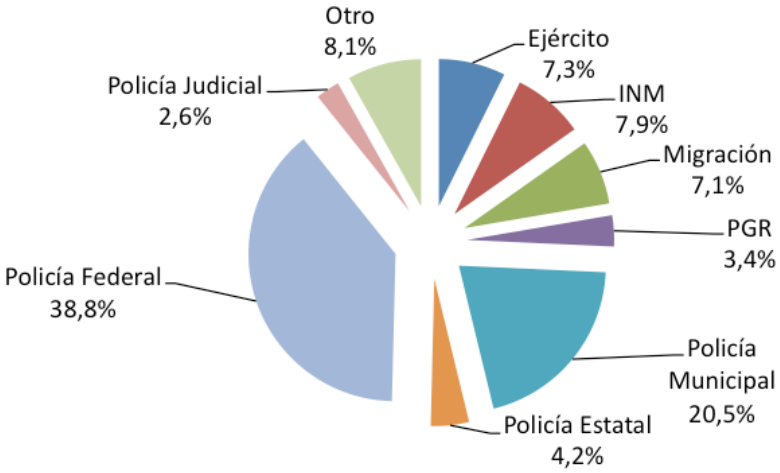
Distintas autoridades a las del Instituto Nacional de Migración (INM) se dedican en el tránsito por territorio mexicano a tareas de detención de personas migrantes cuando esto es de competencia exclusiva del INM. Con frecuencia son señaladas por las personas migrantes como las que violentan sus derechos humanos. Según datos del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, basado en información suministrada por su red consular en el sur de México, son distintas autoridades mexicanas las señaladas como perpetradoras (ver gráfica 11). Los migrantes irregulares identifican a: la Policía Federal, a la Policía Municipal, y al Ejército, entre otros.

Igualmente sucede con el tratamiento de la niñez no acompañada en los Estados Unidos. La llamada crisis humanitaria que se dio en la frontera sur de los EEUU durante el verano de 2014 donde llegaron más de 51 000 menores puso en evidencia un discurso de doble rasero: por un lado un discurso de ayuda humanitaria y una práctica que aseguraba la privación de libertad de los niños, niñas y adolescentes no acompañados, al margen de la Convención sobre los Derechos del Niño y por lo tanto una despreocupación por los principales derechos que le amparan en situación de migración irregular: garantía del debido proceso, el derecho inalienable de

---

y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos, San Francisco, 2015, pp. 193-235.

Gráfica 11. Violaciones individuales a derechos humanos según autoridad mexicana implicada



Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.

vivir con su familia, y a la protección frente a la detención y criminalización, además de la protección en situación de violencia.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados señala la detención como medida particularmente problemática no sólo por el impacto psicológico que tiene la privación de libertad sino también porque esta medida impide el acceso al asilo y a otras formas de protección internacional. La privación de libertad tiene serios impactos negativos en la salud mental[20] especialmente en la niñez y adolescencia[21] y particular-

[20] M. Clemente-Díaz, "Los efectos psicológicos del encarcelamiento", en M. Clemente Díaz y F. Jiménez-Burillo [comps.], *Psicología social y el sistema penal*, Madrid, Alianza, 1986.

[21] J. Cleveland, "Daño psicológico y el argumento a favor de las alternativas". *Migraciones Forzadas*, núm. 44, 2013, pp. 7-8; A. Farmer, "El impacto de la detención migratoria en los niños", *Migraciones Forzadas*, núm. 44, 2013, pp. 14-16.

mente cuando se aplican medidas de internamiento no existiendo una infracción a la ley penal. También está bien documentado dicho impacto negativo en la niñez cuando sus padres son encarcelados[22] lo que sucede cuando un padre o madre es detenida por razón de migración irregular en compañía de algunos de sus hijos. La niñez manifiesta miedo, preocupación, confusión tristeza, culpa y enojo. Igualmente, la discriminación se da tanto en contra de adultos y especialmente en contra de niños al no brindarles el Estado la representación legal de oficio, tal como lo ofrece a sus connacionales. Esto es especialmente alarmante pues la probabilidad de deportación disminuye dramáticamente si la persona en proceso de deportación ante un juez de inmigración cuenta con representación legal.[23]

En efecto, la denominada crisis humanitaria se vivió como crisis administrativa por parte de las autoridades de los Estados Unidos, la que se vio sobrepasada en su capacidad de dar albergue a miles de niños y adolescentes pero en condiciones de detención y privación de libertad. Terrio[24] da cuenta de la incongruencia entre un discurso garante de derechos y unas prácticas judiciales de aprehensión. Cuando un niño, niña o adolescente tiene que presentarse a un juez de migración tiene que hacerlo sin representación legal a

[22] K. M. Miller, "The Impact of Parental Incarceration on Children: An Emerging Need for Effective Interventions", *Child and Adolescent Social Work Journal*, vol. 23, núm. 4, 2006, pp. 472-486; V. H. Miller y C. J. Barnes, "The Association between Parental Incarceration and Health, Education and Economic Outcomes in Young Adulthood", *American Journal of Criminal Justice*, vol. 40, núm. 4, 2015, pp. 765-784; R. D. Parke y A. Clarke-Stewart, "The Effects on Parental Incarceration on Children", en J. Travis y M. Waul [eds.], *Prisoners once Removed: The Impact of Incarceration and Reentry on Children, Families and Communities*, Washington, D.C., The Urban Institute Press, 2003, pp. 189-232.

[23] Human Rights Watch, Amicus brief in the case of J.E. F. M. *vs* Lynch, Nos. 15-35738. 15-35739, 2016.

[24] S. Terrio, *Whose Child am I? Unaccompanied, Undocumented Children in US Immigration Custody*, Oakland, University of California Press, 2015.

no ser que lo obtenga directamente. El Estado no se lo provee como se lo provee como derecho a cualquier ciudadano de los Estados Unidos. Según el Instituto de Justicia Vera, la probabilidad de que una decisión judicial sea beneficiosa para una persona migrante aumenta si ella cuenta con un represente legal. Los inmigrantes sin representación legal según ese Instituto ganan sólo el 3% de los casos. La vulnerabilidad de la niñez migrante ante un sistema judicial que actúa haciendo caso omiso de su peculiar condición es grande.[25]

Por otro lado, la calidad de la prueba requerida para la niñez que solicita asilo y solicita la no devolución a su país de origen es la misma que para las personas adultas. Ya que el acceso a un estatus legal no contempla la perspectiva de los derechos de la niñez, los caminos administrativos que tiene que recorrer para obtener ese estatus no difieren de los requerimientos para los adultos. Terrio[26] señala que estas prácticas están basadas en la visión de que la niñez no es capaz de actuar racional y efectivamente separada de los adultos. Además, no toman en cuentan diferencias culturales ni vulnerabilidades especiales que afectan a los niños, niñas y adolescentes en sus distintas etapas de su desarrollo. Como consecuencia, el principio del interés mayor de la niñez no entra en la ecuación de la decisión judicial respecto a su deportación. Es aquí donde se ve con mayor claridad las disparidades discursivas relacionadas con la migración irregular. Las leyes de inmigración en los Estados Unidos son sumamente complejas y es con esa retórica con la que necesita lidiar un niño o una niña sin representación legal. No es ocioso recalcar que la capacidad discursiva de un niño, niña o adolescente no se manifiesta precisamente con un lenguaje legal.

Numerosas organizaciones de defensa de los derechos humanos (por ejemplo, la ONG No Más Muertes) han argumentado a favor

[25] Musalo, K. *et al.* [eds.], *Niñez y migración en Centro y Norteamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*, San Francisco, 2015.

[26] Terrio, *op. cit.*

de medidas alternativas a la privación de libertad de la niñez migrante indocumentada. Han señalado a la Patrulla Fronteriza de los Estados Unidos (CBP) de las siguientes actuaciones que vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes: el uso de personal armado para resguardar a la niñez, el internamiento de celdas sin ventanas, con iluminación las veinticuatro horas del día, y con temperaturas muy bajas, las que la niñez denomina "las hieleras"; y la falta de asistencia médica, alimentación pobre, falta de notificación de sus derechos, y todo ello en un ambiente que favorece el abuso, el descuido y la deshumanización. Similares señalamientos ha hecho Women's Refugee Commission.[27] El intercambio comunicativo con las autoridades federales de los Estados Unidos de muchas ONGs dedicadas a intervenir en favor de las personas migrantes ha hecho que su estrategia discursiva influya en la revisión de los procedimientos de la Office of Refugee Resetlement, la oficina encargada de atender a la niñez migrante no acompañada (ORR) y otras entidades gubernamentales de los EEUU que tienen relación con personas migrantes. Ha habido avances, pero el tratamiento de la migración irregular de la niñez por parte de las autoridades competentes todavía dista de ser adecuado y de tomar en cuenta las dinámicas psicosociales. La red consular de El Salvador en el sur de México intenta proveer la protección de las personas migrantes en medio de una institucionalidad mexicana desatenta a los derechos de éstas.

14. La condición de refugiado: otra forma de exclusión y discriminación

En la respuesta institucional que se da en México ante la situación de las personas solicitantes de la condición de refugiados, destaca

[27] Women's Refugee Commission (WRC), *Prison Guard or Parent? INS Treatment of Unaccompanied Refugee Children*, Nueva York, 2002; Women's Refugee Commission (WRC), *Forced from Home: The Lost Boys and Girls of Central America*, Nueva York, 2012.

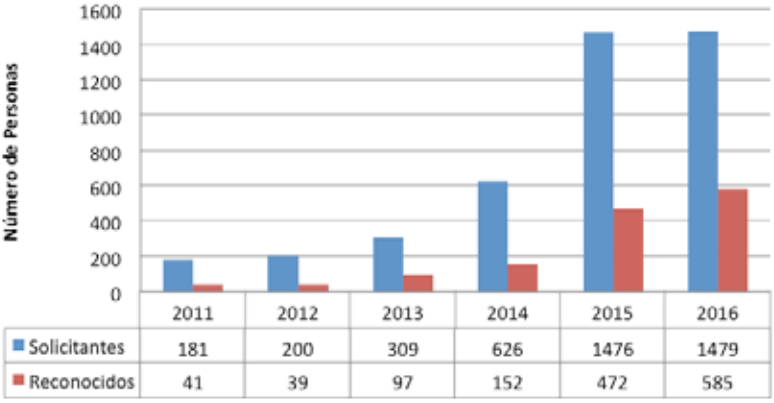
el hecho de que las circunstancias a las que son arrojadas las personas que solicitan aquella condición mientras se encuentran detenidas no son las más adecuadas, pues con facilidad se da una revictimización de esas personas. Por ley, la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), instancia correspondiente para revisar las solicitudes en México, dispone de 45 días hábiles para emitir una resolución, que la mayor parte de veces no es favorable, sometiendo a las personas a condiciones de incertidumbre, estrés, e incluso de exposición a otro tipo de riesgos, pues ni las estaciones migratorias mexicanas ni los albergues están exentos de que las víctimas puedan encontrarse con sus victimarios o potenciales agresores dada la condición de indefensión de aquellas.

En general, aproximadamente tres de cada cuatro solicitudes de refugio son rechazadas por la COMAR y El Salvador no constituye una excepción. En la gráfica 12 aparecen las solicitudes de refugio de las personas salvadoreñas reportadas como preliminares por la COMAR entre 2011 al primer semestre de 2016. Como puede observarse, desde 2011 a 2015 las solicitudes de refugio aumentaron 715.5%, mientras que el respectivo porcentaje de reconocimiento del estatus de refugiado varió de un 22.7 a un 32% en 2015, un modesto aumento de 9.3%. Este desfase preocupa de sobremanera ya que el desplazamiento forzado por causa de la violencia ha adquirido niveles cada vez más grandes en El Salvador.[28] De hecho, como se puede apreciar en la gráfica 12 para el primer semestre de 2016 el número de solicitudes de refugio superan ya las de todo el año anterior. Si predecimos una tasa de crecimiento lineal esperaríamos que las personas salvadoreñas solicitantes de refugio en 2016 duplicaran las de 2015.

La privación de libertad en que se encuentran muchas de las personas solicitantes incrementa su desprotección, y viene a su-

[28] Cidehum, *Desplazamiento forzado y necesidades de protección generados por nuevas formas de violencia y criminalidad en Centroamérica*, San José, 2012.

Gráfica 12. Personas salvadoreñas solicitantes de refugio y reconocidos por la COMAR (2011-junio 2016)



	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Solicitantes	181	200	309	626	1476	1479
Reconocidos	41	39	97	152	472	585

Fuente: Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados.

marse a otros problemas como el hacinamiento y la permanencia prolongada en instalaciones que no están acomodadas para que las personas sean privadas de libertad por periodos grandes de tiempo. Esto explicaría que muchas personas se acercan a la COMAR no desde las estaciones migratorias, donde son privadas de libertad mientras realizan su trámite, sino que desisten de iniciar cualquier procedimiento, retornan a El Salvador en las conducciones terrestres que coordina el Instituto Nacional de Migración y se regresan a México para iniciar un proceso desde fuera de una estación migratoria o un albergue. Es decir, la gente misma rehúye el contacto con las instituciones mexicanas, debido a que los procedimientos administrativos no sólo son demasiado tardados, sino que colocan a las víctimas en una situación que incrementa sus riesgos. Lo anterior, en definitiva, posibilita la existencia de vacíos de protección para las personas que emigran por razones

de violencia e inseguridad, incluso cuando están bajo la tutela del Estado y las instituciones mexicanas. Las personas migrantes que han salido de El Salvador por razón de inseguridad manifiestan que son disuadidas por autoridades de COMAR u otras autoridades migratorias mexicanas a solicitar su condición de refugiado. Suelen aconsejarles que el tiempo de espera será largo, que se resuelven favorablemente muy pocas peticiones, que necesitan aportar pruebas contundentes que atesten la veracidad de lo alegado, y que al presentar la solicitud tiene que mediar un tiempo de privación de libertad.

Los funcionarios de COMAR se ubican frente al migrante como fiscal acusador, adoptando una postura inquisitoria y no la de alguien que, dentro de una legalidad, intenta de ofrecer protección internacional. La calidad de refugiado no se comunica como un derecho de la persona que ha salido por su país por razón de la inseguridad. Esta orientación de parte de personas que tienen autoridad hace que las personas migrantes o no inicien un proceso que podría resolver su situación de inseguridad o que desistan de él una vez iniciado. Es una postura que corresponde a la aplicación restrictiva de las normativas que regulan la petición de la calidad de refugiado. Por otro lado, la calidad de la prueba que sustente la historia del migrante es casi imposible de producir cuando las amenazas se dan por terceras personas, por medio de llamadas telefónicas, etcétera. Existe la necesidad de entender cómo está evolucionando el fenómeno de la inseguridad y violencia y su relación con el desplazamiento externo para que las comisiones de elegibilidad tomen en cuenta las pruebas que la persona solicitante pueda aportar.[29]

[29] ACNUR/OIM, *Diagnóstico sobre la caracterización de la población salvadoreña retornada con necesidades de protección*, San Salvador, 2014.

15. Recomendaciones

- Mantener vigente con el gobierno mexicano los protocolos de repatriación segura y ordenada de tal forma que se garantice la protección de los derechos de las personas migrantes.
- Negociar con el gobierno mexicano las condiciones para una visa de tránsito que sea expedita y permita a los ciudadanos salvadoreños el libre tránsito por territorio mexicano.
- Promover la actuación conjunta de protección de los consulados centroamericanos en el sur de México para que todo ciudadano pueda hacer valer sus derechos de manera ágil y pronta.
- Negociar con el gobierno de los Estados Unidos para que se designe a abogados para los menores no acompañados, para las víctimas de abuso, tortura y otros tipos de violencia.
- Prohibir el encarcelamiento de menores durante el periodo de la revisión de su caso ante un juez de inmigración, de tal forma que puedan vivir con sus familiares en los Estados Unidos.
- Promover las indagaciones fiscales en el país de origen para determinar posibles delitos cometidos por personas dedicadas al tráfico y trata de personas.
- Establecer mecanismos claros de información sobre cómo solicitar asilo.
- Evitar la detención de solicitantes de refugio o asilo y buscar alternativas a la privación de libertad.
- Demandar que la COMAR informe de manera ágil, adecuada y pronta a toda persona ubicada en las Estaciones Migratorias sobre su derecho a solicitar asilo y/o el reconocimiento de su condición de refugiado.
- Reducir los obstáculos para que las personas puedan solicitar asilo o el estatus de refugiado cuando exista razón justificada.

- Poner fin a la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.

V. Bibliografía

ACNUR, *Niños en fuga. Niños no acompañados que huyen de Centroamérica y México y la necesidad de protección internacional*, Washington, D.C., 2014a.

_____, *Diagnóstico sobre la caracterización de la población salvadoreña retornada con necesidades de protección. Magnitud, tendencias, causas, perfiles y necesidades de protección*, San Salvador, 2014b.

_____/OIM, *Diagnóstico sobre la caracterización de la población salvadoreña retornada con necesidades de protección*, San Salvador, 2014c.

Andrade-Eekhoff, K., "La globalización de la periferia: flujos transnacionales migratorios y el ejido socioproductivo local en América Central", *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*, núm. 1, 2004, pp. 57-86.

Canales, A., "Remesas y desarrollo en América Latina. Una relación en busca de teoría", *Migración y Desarrollo*, núm. 11, 2008, pp. 5-30.

Carrasco González, G., "La migración centroamericana en tránsito por México hacia los Estados Unidos", *Alegatos*, núm. 83, 2013, pp. 169-194.

Cidehum, *Desplazamiento forzado y necesidades de protección generados por nuevas formas de violencia y criminalidad en Centroamérica*, San José, 2012.

Cervantes, J., *El perfil de la población de origen salvadoreño en los Estados Unidos*, Washington, D.C., 2013.

Clemente-Díaz, M., "Los efectos psicológicos del encarcelamiento", en M. Clemente Díaz y F. Jiménez-Burillo [comps.], *Psicología social y el sistema penal*, Madrid, Alianza, 1986.

Cleveland, J., "Daño psicológico y el argumento a favor de las alternativas". *Migraciones Forzadas*, núm. 44, 2013, pp. 7-8.

Conmigrantes, *Informe de Conmigrantes. Octubre 2015*, septiembre 2016. Disponible en http://rree.gob.sv/conmigrantes/documentos/descargararchivo.html?path=Documentos+Estrategicos+de+Conmigrantes%2FIV+INFORME+CONMIGRANTES.pdf

CBP, *Border Security Report Fiscal Year 2015*, Washington, D.C., 2016.

Peña-Padilla, M. S. de la, "Nuevos contextos y dinámicas migratorias en la región Centroamérica-Norteamérica", *Análisis Plural*, LUGAR, ITESO, 2014, pp. 171-184.

DHS, *Office of Immigration Statistic, February 2011*, 2011. Disponible en https//www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistic/publication/ois_ill_pe_2010.pdf

Dirección General de Estadística y Censo de El Salvador, Encuesta de hogares de propósitos múltiples de El Salvador, San Salvador, 2014. Disponible en www.digestyc.gob.sv

Dirección General de Migración y Extranjería de el Salvador, *Deportaciones de NNA*, San Salvador, 2015.

_____, *Reporte mensual 2016. Retornados vía aérea y vía terrestre*, San Salvador, 2016.

Escalante Fuentes, Jaime, *La tregua entre pandillas y sus manifestaciones delictivas del 2011-2015. Seminario de investigación aplicada*, San Salvador, Doctorado en Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador, 2015.

Farmer, A., "El impacto de la detención migratoria en los niños", *Migraciones Forzadas*, núm. 44, 2013, pp. 14-16.

Flacso- Programa El Salvador, *Mapa de pobreza urbana y exclusión social*, San Salvador, 2010.

Gaborit, M. *et al.*, *Atrapados en la tela de araña. La migración irregular de niños y niñas salvadoreños hacia los Estados Unidos*, San Salvador, Talleres Gráficos UCA, 2016.

_____ *et al.*, "Niñez, migración y derechos humanos", en K. Musalo, L. Frydman y P. Ceriani Cernadas [eds.], *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, San Francisco, 2015, pp. 193-235.

_____ *et al.*, *La esperanza viaja sin visa. Jóvenes y migración indocumentada de El Salvador*, San Salvador, UNFPA-UCA, 2012.

García Zamora, R., *Desarrollo económico y migración internacional. Los desafíos de las políticas públicas en México*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2009.

_____ y M. Orozco, *Migración internacional, remesas y desarrollo local en América Latina y el Caribe*, México, Porrúa, 2009.

García, J. J., *El impacto de las crisis en las remesas y el desarrollo: un nuevo desafío para El Salvador*, El Salvador, Fundación Frierich Ebert, 2009.

Gómez-Johnson, C., "De la migración económica a la migración forzada por el incremento de la violencia en El Salvador y México", *Estudios Políticos*, núm. 47, 2015, pp. 199-220.

Human Rights Watch, "Amicus brief in the case of J.E. F. M. *vs* Lynch", núms. 15-35738. 15-35739, 2016.

INM, *Encuesta sobre migración en la frontera del sur de México*, México, Instituto Nacional de Migración, 2010.

Asamblea Legislativa de El Salvador, Ley núm. 273, San Salvador, 24 de enero de 2013.

Márquez Cobarrubias, H. y R. Delgado Wise, *Espejismos del río de oro: dialéctica de la migración y el desarrollo en México*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2012.

Miller, K. M., "The Impact of Parental Incarceration on Children: An Emerging Need for Effective Interventions", *Child and Adolescent Social Work Journal*, vol. 23, núm. 4, 2006, pp. 472-486.

Miller, V. H., y Barnes, C. J., "The Association between Parental Incarceration and Health, Education and Economic Outcomes in Young Adulthood", *American Journal of Criminal Justice*, vol. 40, núm. 4, 2015, pp. 765-784.

Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, *Política institucional de protección y promoción de los salvadoreños en el exterior*, Mirex, El Salvador, 2014.

Musalo, K. *et al*. [eds.], *Niñez y migración en Centro y Norteamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*, San Francisco, 2015.

Nosthas, E., "El caso de El Salvador: Programa Unidos por la Solidaridad", en R. Fernández *et al*. [eds.], *El programa 3x1 para migrantes ¿primera política transnacional en México?* Universidad Autónoma de Zacatecas, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006.

Observatorio de la Migración irregular de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Disponible en http://omi.uca.edu.sv/cms/bases-de-datos/dgme/estadisticas-devueltos

Office of Immigration Statistics, *2014 Yearbook*, Office of Inmigration Statistic, Homeland Security (DHS), 2014.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y Delito. Disponible en http://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html. Fecha de consulta: octubre 2016.

Orozco, M., *América Latina y el Caribe: desarrollo, migración y remesas*, Buenos Aires, Teseo, 2012.

Parke, R. D., y A. Clarke-Stewart, "The Effects on Parental Incarceration on Children", en J. Travis y M. Waul [eds.], *Prisoners once Removed: The Impact of Incarceration and Reentry on Children, Families and Communities*, The Urban Institute Press, Washington, D.C., 2003, pp. 189-232.

PNUD, *Informe de desarrollo humano El Salvador 2005. Una mirada al nuevo nosotros. El impacto de las migraciones*, San Salvador, PNUD, 2005.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano El Salvador 2010*, San Salvador, 2010.

Sans Abad, J., "Aproximaciones cualitativas al estudio de las remesas y a sus significados sociales y culturales", *Working Papers*, núm. 8, 2012. Disponible en www.remesas.org

Segovia, A., *Transformación estructural y reforma económica en El Salvador*, Ciudad de Guatemala, FyG Editores, 2002.

Soto Acosta, W. y M. F. Morales Camacho, "La migración de niños y niñas de Centroamérica hacia los Estados Unidos: amenaza emergente transnacional", *Temas de Nuestra América*, vol. 31, núm. 58, 2015, pp. 55-73.

Stefoni, C., "Migración, remesas y desarrollo", *Polis* [online], 10 núm. 30, 2011, pp. 495-521.

Terrio, S., *Whose Child am I? Unaccompanied, Undocumented Children in US Immigration Custody*, Oakland, University of California Press, 2015.

Women's Refugee Commission, *Prison Guard or Parent? INS Treatment of Unaccompanied Refugee Children*, Nueva York, 2002.

Women's Refugee Commission, *Forced from home: The Lost Boys and Girls of Central America*, Nueva York, 2012.

8. La Organización Internacional del Trabajo y el trabajador migrante en Panamá

Deika Nieto Villar

I. La Organización Internacional del Trabajo y las normas del trabajo sobre migración

Desde 1919, el aporte que destacamos de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) es la búsqueda de la justicia social, lo cual hace indiscutible que existan normas internacionales, proyectos y programas que propongan y aborden estrategias para proteger a quienes migran para trabajar y aportar mejoras de la calidad de vida de esas personas, las cuales deciden desplazarse a otro país en búsqueda de mejorar sus condiciones de vida.

La globalización facilita el desplazamiento de trabajadores a lo largo y ancho del planeta, facilidad de transportarse o movilizarse; lamentablemente esto no implica facilitar también las condiciones y protección de personas que deciden movilizarse para trabajar en lugares distintos a su país de origen.

Para tratar de entender la materia debemos enfocarnos en las estadísticas, aunque en muchas ocasiones son escasas y en muchos países no hay certeza de la validez de las mismas por parte de las autoridades nacionales. Según la OIT el número total de trabajadores migrantes y miembros de sus familias en el mundo asciende

actualmente a unos 120 millones de personas. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y las Naciones Unidas (ONU) consideran que el total de la población que reside temporal o permanentemente fuera de sus naciones de origen asciende a más de 180 millones de personas.[1]

Se estima que actualmente existen en el mundo 232 millones de migrantes, equivalentes a 3.1% de la población mundial. Las mujeres representan casi la mitad de los migrantes. Uno de cada ocho migrantes tiene entre 15 y 24 años de edad.

La OIT ha procurado establecer condiciones a través de las normas internacionales para salvaguardar la dignidad y los derechos de los trabajadores, lo cual constituye un reto con muchas dificultades de implementación, no obstante son propuestas de acciones que siembran las semillas que, esperemos, en corto plazo serán aplicadas sin distingo para elevar la condición de ser humano y humanizar a la sociedad.

En cuanto a la existencia de normas internacionales aplicables a los (as) trabajadores (as) migrantes, es importante resaltar que las Conferencias de la OIT no distinguen entre diferentes tipos de personas o trabajadores, como consecuencia incluyen a los trabajadores migrantes.

Estas normas abarcan los ocho Convenios de la OIT relativos a los derechos fundamentales especificados en la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998); las normas de aplicación general, tales como las relativas a protección de los salarios y a seguridad y salud en el trabajo así como los convenios de gobernanza relativos a la inspección del trabajo, la política del empleo y la consulta tripartita y los instrumentos que contienen disposiciones específicas sobre los trabajadores migran-

[1] Organización Internacional del Trabajo. La OIT y los trabajadores migrantes. Disponible en https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang—es/index.htm. 2006.

tes, como el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm.189) y los instrumentos de seguridad social.[2]

Los instrumentos de la OIT específicos sobre los migrantes son los siguientes:

- Convenio núm. 97 de 1949 sobre los trabajadores migrantes.
- Recomendación núm. 86 de 1949 sobre los trabajadores migrantes.
- Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) núm. 143 de 1975.
- Recomendación sobre los trabajadores migrantes núm. 151 de 1975.

El Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes, adoptado en 1949, establece condiciones para el desarrollo de condiciones para la igualdad de tratamiento entre trabajadores nacionales y extranjeros en situación regular en lo relativo a contratación, condiciones de vida y de trabajo, acceso a la justicia, reglamentación de impuestos y asuntos de seguridad social. También contempla el tema de la reunificación familiar y medidas para regular de manera general los procesos migratorios. La recomendación núm. 86 plantea estrategias para la recolección de datos que permitan tener un panorama de la problemática específica de cada país, incorpora la ayuda técnica de la OIT para la vigilancia y protección de los derechos de los trabajadores e instrumentos para la implementación de este convenio.

El Convenio núm. 143 de 1975 sobre los trabajadores migrantes estimula la regulación de flujos migratorios, la eliminación de la migración clandestina y de los delitos que la acompañan: el tráfico

[2] Normas del trabajo sobre la migración. Disponible en http://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/standards/lang--es/index.htm

y trata de personas, y la facilitación de la integración de los migrantes a las sociedades de acogida. La Recomendación núm. 151 precisa medidas a adoptar para asegurar el respeto de principio de igualdad de todos los trabajadores y también define las bases de toda política social destinada a permitir que trabajadores migrantes y sus familias se puedan beneficiar de los mismos derechos que los trabajadores nacionales, propugnando la adopción de ciertas normas mínimas de protección laboral, como por ejemplo, en casos de pérdida de empleo, expulsión y salida del país.[3]

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en 1999 solicitó un análisis de estas normas y realizó observaciones y solicitudes directas a los Estados Miembros en relación con la aplicación de los Convenios 97 y 143.

También es importante resaltar que existen instrumentos internacionales fundamentales de la ONU en materia de derechos humanos, aplicables a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, los cuales le brindan un soporte a los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Panamá no ha ratificado los Convenios 97 y 143, pero sí ha ratificado el Convenio 19 de 1925 sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo) que es relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, el Convenio 100 de 1951 sobre igualdad de remuneración y el Convenio 111 de 1958 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otras normas que protegen los derechos fundamentales de los(as) trabajadores(as).

[3] Organización Internacional del Trabajo. La OIT y los trabajadores migrantes. Disponible en https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang—es/index.htm. 2006.

II. La migración laboral en Panamá

En el desarrollo de este ensayo surgen varias interrogantes que se requiere esclarecer ¿existe una política migratoria laboral en Panamá?, ¿cual es su caracterización? ¿hay apertura total?, ¿Cual es la respuesta estatal en este contexto?

La obtención de una condición regular en Panamá depende, en su mayoría, de la temporalidad, sector productivo y actividades a desarrollar, pero tiene un componente importante en la capacidad económica de la persona extranjera para su obtención.

En Panamá, los trabajadores migrantes, que para 2015 eran 206 000 personas, no tenían en su mayoría permisos de trabajo, lo que los convierte en ocasiones en víctimas del trabajo informal, de la trata de personas y de la esclavitud sexual. Según los datos del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, sólo un promedio de 23 000 permisos de trabajo se otorgan anualmente y esto incluye a los trabajadores ejecutivos de empresas multinacionales, o sea, la cantidad de trabajadores migrantes legales es muy escasa. Tampoco poseen derecho a la seguridad social puesto que las empresas usualmente no les incluyen en la Caja de Seguro Social, y se agrava porque Panamá no ha ratificado ningún convenio internacional que garantice su seguridad social de manera obligatoria.[4]

Según datos oficiales, para mediados de 2017, existían en Panamá aproximadamente 206 mil extranjeros, lo que representa una cifra importante si se considera que en el país habitan poco menos de cuatro millones de personas. 63 mil de esos extranjeros se legalizaron a través del plan denominado crisol de razas. Los Decretos Ejecutivos 167 y 168 de 2016 reglamentaron la legalización de los extranjeros que aún no lo habían hecho y de los naturales de la República Popular China, en particular.

[4] Inetra-Udelas, *Informe sobre la situación del trabajo en Panamá*, 2017.

Los gremios empresariales y el gobierno nacional han apostado por poner orden al tema de las migraciones y en tal sentido se han venido desarrollando algunas acciones, tales como las facilidades de legalización antes descritas. Todo esto en concordancia con normas recientemente aprobadas, como es la Ley 59 de 2017, que aumenta las sanciones a los empleadores que posean extranjeros laborando sin permisos de trabajo.

En contraposición a lo anteriormente expuesto, Panamá rechazó la ratificación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias de 2003, aunque la ONU informó que en Panamá las personas migrantes encaran políticas diferenciadas "por razón de la nacionalidad, endurecimiento de los procedimientos de legalización, aumento de los costos de los trámites, imposición de multas elevadas y aumento de operativos por parte de las autoridades de migración". De igual modo, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes señaló "que los refugiados y trabajadores migrantes de origen africano eran particularmente vulnerables a la discriminación racial y étnica y también eran objeto de xenofobia".

En la reunión de Ginebra de 2015 sobre el examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el ministro de Trabajo Luis Ernesto Carles, refiriéndose a la recomendación de la ratificación del Convenio descrito, indicó que Panamá tomaba nota de dicha recomendación y que procederíamos de acuerdo con lo establecido en el Convenio de la OIT núm. 144 sobre consultas tripartitas, lo que fue interpretado como un rechazo a dicha recomendación, al menos temporalmente.

Partiendo de que el Código de Trabajo dicta normas de limitación al número de extranjeros que puede haber en una empresa, se ha establecido la necesidad de que los extranjeros posean un permiso de trabajo otorgado por las autoridades del ramo y que vaya en concordancia con su estatus migratorio.

En tal sentido el Ministerio del Trabajo y Desarrollo Laboral (Mitradel) otorga permisos de trabajo con base en alguna de las siguientes causas, debidamente comprobadas: trabajadores que constituyen el 10% del total de trabajadores extranjeros de la empresa, y del 15% del personal extranjero especializado o técnico de la empresa; visitante temporal para laborar en pequeñas empresas, según los términos del Tratado de Marrakech; para participar de programas de visa de trabajo de la Ciudad del Saber; por estar casado con panameño o panameña; por ser trabajadores con visa cultural, deportiva o educativa; por ser trabajadores que posean visa de trabajador doméstico; por poseer permisos de residencia y trabajo temporal (hasta por seis años); por ser trabajadores con visas de corta estadía (hasta nueve meses) y permisos de trabajo para los trabajadores con residencia temporal por razones especiales, aplicable sólo a trabajadores de la industria del cine, y audiovisual; trabajadores del Canal de Panamá; del Área Económica Especial de Panamá-Pacífico; extranjeros contratados por los Procesadores de Alimentos para la Zona de Exportación; extranjeros empleados por Centros de Llamadas para propósitos comerciales y extranjeros contratados como ejecutivos para un negocio internacional con una filial en Panamá.

Los permisos se otorgan regularmente hasta por un año, pero pueden ser prorrogados. Según cifras del Mitradel en 2015 se otorgaron 20 000 permisos de trabajo; en 2016 la cifra fue de 27 128 y, hasta junio de 2017 se habían otorgado 9 472 permisos de trabajo.

El mapa de trabajadores migratorios en Panamá expresa que la mayor parte proviene de Venezuela, donde se registra una inmigración de más de 70 000 personas. Le sigue Colombia, con una cifra aproximada de 28 000 personas, según los datos de Crisol de Razas; de igual forma, según estos datos, residen en Panamá 11 745 nicaragüenses y 6 434 dominicanos, éstas son las migraciones más grandes.

III. Evolución de las normas laborales y migración en Panamá

Panamá es un país que se caracteriza por tener una posición geográfica "privilegiada y estratégica"; no es casual que uno de los lemas que aparece en el Escudo de la República de Panamá sea "*Pro mundi beneficio*", la migración de tránsito y destino de personas extranjeras por el territorio está relacionada a la construcción de la identidad nacional y al "proceso constitutivo de la nación panameña" vinculado al desarrollo de obras como el ferrocarril, la construcción y explotación del Canal de Panamá, la Zona Libre de Colón a principios del siglo XX, lo que a su vez generó el establecimiento, desde periodos tempranos, de la conformación como República, de políticas restrictivas a la migración de determinados grupos nacionales que, en general, tenían una presencia importante en el país.

Por ejemplo, las labores de construcción del Canal de Panamá por los norteamericanos se caracterizaron por la presencia de trabajadores migrantes provenientes de las Antillas: se estima que llegaron aproximadamente 31 000, aproximadamente 12 000 europeos, 2 000 migrantes de centro y Sudamérica.

Los procesos migratorios dieron como consecuencia que poco antes de terminadas las labores del canal, comenzara a implementarse "una política restrictiva de la migración" que tuvo como característica distinguir a los "extranjeros deseables en función de su origen étnico, económico, razones de salud, de índole internacional o de orden social".

Como expresión de esto, Elba Coria Marquez, en su estudio sobre la migración en Panamá, nos señala que: en 1913, se aprueba la Ley 50 del 24 de marzo, que establece la prohibición de migración china, turca, libanesa, siria y africana. Aunque la prohibición discriminatoria se deroga en diciembre de 1932 con una nueva ley, el tinte discriminatorio que había adquirido la política migratoria se mantiene y se institucionaliza con otros decretos.

En 1924, a través de la Ley 76, se establece como extranjeros perniciosos o no deseables y objeto de deportación a los rufianes, alcahuetes, corruptores, sodomitas, pederastas, tahúres y todos aquellos vagos que sin tener profesión u oficio viven sin saberse los medios lícitos y honestos que les proveen de subsistencia.

En 1928 la Ley migratoria nuevamente restringe a cupos no mayores de 10 inmigrantes por año a las personas chinas, sirias, turcas y negras cuyo idioma original no fuera el español. En 1932 se prohíbe la migración indostana.

Ya para 1941, en la Constitución Política aprobada, se establecen severas políticas discriminatorias y restrictivas en su artículo 23: "La inmigración de extranjeros será reglamentada por ley […] son de inmigración prohibida: la raza negra cuyo idioma originario no sea el castellano, la raza amarilla y las razas originarias de la India, el Asia menor y el norte de África", dicha disposición estuvo vigente hasta 1946.

Contrario a la represión y discriminación expresada, a inicio de la década de los treinta no se impidió la recepción de personas provenientes de Alemania, Europa central y oriental que huían de la persecución nazi, generalmente por ser judíos.

En la década de los ochenta, marcada por una grave crisis económica que aumentó el desempleo, la pobreza y la desigualdad social, la migración fue principalmente de tránsito por Panamá con destino a Estados Unidos; en este periodo se produjo un flujo importante en donde se calcula que transitaron por Panamá cerca de veinte mil migrantes irregulares, significativamente chinos, con la ayuda de traficantes de personas.

En 1990 el director de Migración de la época emitió un comunicado en donde manifestó que durante los últimos cinco años, tan sólo el tráfico de chinos había generado alrededor de 200 millones de dólares. Así, el tráfico de migrantes y, posteriormente, la trata de personas, cobra importancia en los primeros años del siglo XXI.

La migración en la Constitución Política de Panamá

El artículo 14 establece "la inmigración será regulada por la Ley en atención a los intereses sociales, económicos y demográficos del país". Se señala que por razones de trabajo, salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, se podrá subordinar a las personas extranjeras en general a condiciones especiales o negárseles el ejercicio de determinadas actividades.

El artículo 20 constitucional establece que las personas panameñas y las extranjeras son iguales ante la Ley y gozan de igual protección frente a la misma. No obstante, la Ley podrá subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a las personas extranjeras por motivos o razones de trabajo, salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional.

IV. Relaciones de trabajo con trabajadores extranjeros

Normas legales y reglamentarias en el tema de migración

Las relaciones de trabajo en Panamá pueden iniciarse a través de un contrato de trabajo o por la prestación del servicio, no se distingue en la norma si exclusivamente para el inicio de una relación de trabajo con extranjeros se requiera la existencia de un permiso de trabajo, en cuanto a la responsabilidad de su obtención, si bien es un beneficio con el cual debe contar el trabajador extranjero, la carga y responsabilidad de rigor debe recar en el empleador que contrata a el trabajador.

La norma nacional no establece mayores distinciones de tipos de trabajadores, plantea diferencias sobre las funciones que desempeña (confianza) o aquellos que se encuentran en una prerrogativa especial (fuero).

Mucho menos distingue sobre el tipo de empresa o empleador dentro de una relación de trabajo, salvo (se podría decir) aquellas pequeñas empresas que poseen una condición o beneficio especial (multinacionales, área Panamá pacífica, zonas libres de comercio).

Los artículos 17 y 18 del Código de Trabajo establecen el 10% para la contratación de personal extranjero y un 15%, y si es un trabajador técnico o especializado, por un periodo de un año prorrogable a cinco años. Los porcentajes puede ser concurrentes dentro de la empresa 25% de extranjeros, los salarios deben respetar los porcentajes.

Existen excepciones para la regla del 10%, por ejemplo, en la circunstancia en que la empresa requiere de personal especializado que no se encuentre fácilmente disponible en la fuerza de trabajo panameña, se permitirá contratar personal técnico o especializado y que no exceda el 15% de todos los empleados de la compañía.

También, bajo ciertas condiciones, el Ministerio del Trabajo podrá considerar un porcentaje mayor de técnicos y personal extranjero especializado. A las empresas panameñas con menos de 10 empleados se le permitirá tener al menos un empleado extranjero.

Para la contratación de una persona extranjero se requiere, al momento de registrar el contrato de trabajo en el Mitradel, incluir copia del permiso de trabajo vigente.

La Ley 59 de 2017 establece sanciones por incumplir las normas laborales, aplica multas y hasta la cancelación del permiso de operación para las empresas, y aumenta las sanciones a los empleadores que posean extranjeros laborando sin permisos de trabajo, entre otras. También es importante destacar que se han aprobado leyes que castigan la explotación laboral de las personas, como es el caso de la Ley de 9 noviembre de 2012 relacionada con la trata de personas.

En el marco de la relación de trabajo con personas extranjeras se debe cumplir con todas las consideraciones y aspectos normativos que establecen nuestras normas para las relaciones en general:

descansos, vacaciones, décimo tercer mes, jornada, salario e igualdad de salario, protección a menores, lactancia, medidas disciplinarias, Sanciones, despidos, bien sean justificados o injustificados.

En lo relacionado al sindicalismo para los trabajadores inmigrantes, el artículo 68 de la Constitución Política reconoce el derecho de sindicación a los empleadores, asalariados y profesionales de todas clases para los fines de su actividad económica y social. Sigue indicando el artículo que: "Las directivas de estas asociaciones estarán integradas exclusivamente por panameños".

En cuanto al despido de trabajadores migrantes, podemos señalar que ningún trabajador podrá ser despedido sin justa causa y sin las formalidades que establezca la Ley, a través de las causas justas para el despido, sus excepciones especiales y la indemnización correspondiente.

La realidad jurisprudencial sobre los despidos de trabajadores migrantes nos permite presentar la siguiente distinción de despidos según el tipo de trabajador migrante:

1. Sin permiso de trabajo aprobado por el Mitradel.
2. Con permiso de trabajo definido aprobado por el Mitradel.
3. Con permiso de trabajo indefinido.

Tipo de trabajador	*Derechos y prestaciones laborales por despido*
Trabajadores Inmigrantes sin Permiso de Trabajo Aprobado por el Mitradel.	Corresponde derechos adquiridos a saber: vacaciones (vencidas y proporcionales y décimo tercer mes.
Con Permiso de Trabajo Definido Aprobado por el Mitradel.	Corresponden derechos adquiridos y las prestaciones laborales por despido en el periodo de vigencia del permiso de trabajo.
Con Permiso de Trabajo Indefinido.	Corresponden todos los derechos y prestaciones laborales que establecen la ley para los trabajadores nacionales.

Competencia de tribunales
en procesos de trabajadores inmigrantes

Despido injustificado	Juntas de Conciliación y Decisión del Mitradel
Derechos adquiridos	Juzgados Seccionales de Trabajo
Salario mínimo	Dirección General de Trabajo

V. Condiciones laborales de trabajadores(as) migrantes en la jurisprudencia

Las disposiciones laborales obligan a todas las personas o empresas que se establezcan en el territorio nacional, en nuestro país rige el principio de la territorialidad de la Ley Laboral.

La regulación legal junto a la jurisprudencia ha sido constante en indicar que los efectos de las relación laboral con extranjero tiene relación directa con contratos por tiempo definido, por lo que cada año de labor constituye un plazo definido, que se desprende de las autorizaciones expedidas por el Ministerio de Trabajo mediante los permisos de trabajo que exige la Constitución y se desarrolla en los artículo 17 y 18 del Código de Trabajo. La jurisprudencia señala que se fundamenta en la protección del trabajo a los nacionales. Hay gran cantidad de jurisprudencia que señala que los contratos de trabajo de extranjeros son por tiempo definido y que cualquier cláusula de duración que diga lo contrario es nula y que a los extranjeros no les aplica la regla establecida de sucesión de contratos. Se les excluye de igual manera de la Prima de Antigüedad establecida en el artículo 224 del Código de Trabajo dado que no les aplicable a los trabajadores por tiempo definido, ya sean nacionales o extranjeros.

La Sala Tercera ha esbozado que el criterio de que el contrato de trabajo debe perfeccionarse con la autorización del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, lo que implica que no puede hacerse eficaz hasta la obtención de dicho permiso, es decir la

empresa no debe iniciar la relación de trabajo hasta tanto no se obtenga el permiso. Sin embargo se ha planteado que la ausencia de permiso de trabajo no impide el pago de las prestaciones al trabajador extranjero que haya brindado sus servicios, es decir que haya mantenido una relación de trabajo.

Consideramos importante hacer la distinción de la Sentencia del 28 de marzo de 2008 de Casación Laboral mediante la cual se plantea que hay una realidad diferente a lo dispuesto en la jurisprudencia de vigencia de la relación de trabajo, siendo común el incumplimiento de la misma, analizando las situaciones en que el inicio o continuación de la relación de trabajo se dé fuera de las autorizaciones o sin ellas, y por ende fuera de los periodos definidos en los contratos que se perfeccionan con el permiso de trabajo, en contravención de las disposiciones del Código de Trabajo constituyendo relaciones indefinidas y donde debe predominar el principio de la primacía de la realidad y la figura de la relación de trabajo, cobran mayor importancia como sustento de la protección al trabajador, y el reconocimiento de las prestaciones laborales a que tiene derecho como consecuencia de esa relación de trabajo, para evitar con esto el enriquecimiento injusto del empleador, favoreciendo la inexistencia del permiso de trabajo a quien está obligado a solicitarlo. En este caso la sentencia señala que la autoridad incumple por no fiscalizar el cumplimiento de las normas, otorgando autorizaciones más allá de los cinco años periodos máximos que se establece en la ley para otorgar permisos de trabajo definidos para extranjeros. Durante el periodo en que la empresa no contaba con la autorización, se sirvió de la prestación del servicio del trabajador y con ello mantuvo la relación de trabajo, aunque de forma ilegal. Penalizar al trabajador por estas omisiones es inadecuado cuando la empresa se vio beneficiada de sus servicios.

Esta sentencia tuvo un salvamento de voto fundamentado en la oposición al pago de la prima de antigüedad.

En la actualidad lo interesante es analizar las consecuencias a la luz de la jurisprudencia de la emisión de permisos de trabajados para extranjeros por períodos superiores a los dos años.

VI. Relaciones de trabajo internacionales

La Ley 61 del 7 de octubre de 2015 que subroga La Ley 7 de 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, en su artículo 86, indica que los tribunales panameños serán competentes privativamente en los contratos de trabajo individuales internacionales:

1. Cuando la prestación del servicio tenga lugar en la República de Panamá, sea que la contratación se origine en el territorio nacional o en el extranjero, o que la ejecución de los contratos se inicie en el territorio nacional, aun cuando se continúe en otros territorios.
2. Cuando el trabajador nacional se contrate en la República de Panamá para ejecutar su trabajo en otro país.
3. Cuando las partes lo determinen en el contrato, al menos una de ellas, sea nacional y exista además algún elemento de conexión con el territorio nacionalidad.

Los pactos sobre solución alternativa de conflictos laborales serán aceptados por el juez, siempre que no impliquen una solución que permita la renuncia de ciertos derechos, reconocidos por la ley aplicable, del trabajador.

En lo relacionado a las convenciones colectivas de trabajo internacionales, se regirán por las cláusulas convenidas entre las organizaciones sindicales y el empleador o, en su defecto, por la ley del lugar de ejecución (artículo 87). Los tribunales competentes para conocer de las relaciones colectivas de trabajo son los del

lugar de la prestación laboral o la ley acordada entre la organización sindical y el empleador cuando ésta sea la más favorable (artículo 88).

Con relación a las relaciones individuales de trabajo, se regirá por las reglas siguientes para determinar la Ley aplicable:

1. Cuando la relación laboral individual se desarrolla de forma fija, se someterá a la ley de ejecución de trabajo.
2. Cuando la relación laboral individual se desarrolla temporalmente en el extranjero, regirá la ley de origen de la relación laboral.
3. Cuando se trate de un destino en el extranjero de larga duración, se aplicará la ley del nuevo lugar de ejecución del contrato de trabajo, salvo que se trate de altos técnicos o directivos, caso en el cual se le seguirá aplicando la ley de origen o la pactada por las partes.
4. Cuando se trate de destinos múltiples en el extranjero, se aplicará la ley del domicilio principal de la empresa contratante o de la sucursal donde se contrata y dirige al trabajador, a elección de éste.

En todo caso que sea aplicable una ley extranjera a la relación de trabajo, el tribunal podrá declarar aplicables normas sustantivas del ordenamiento nacional, si considera que tales normas son de orden público, o de protección a grupos de trabajadores más vulnerables, siempre que se demuestre que ello servirá al interés de la justicia (artículo 89).

VII. Ley migratoria y aspectos laborales

En 2008 se aprobó una Ley que creaba el Servicio Nacional de Migración dentro del Ministerio de Gobierno y Justicia (ahora Mi-

nisterio de Gobierno), donde se estableció que la política migratoria está regida por el Organo Ejecutivo.

La Ley 3 de 2008 que regula la inmigración establece categorías migratorias las cuales son: no residentes, residentes temporales, residentes permanentes y extranjeros bajo protección de la República de Panamá.

Los no residentes pueden ser turistas, pasajeros y tripulantes en tránsito, trabajadores de espectáculos y los marinos. A las subcategorías migratorias de no residente se agregan otras por la vía reglamentaria, tales como trabajadores eventuales (autorización no mayor a tres meses), trabajadores domésticos (un año prorrogable siempre que se continúe con la relación laboral) y de corta estancia para asistencia humanitaria internacional, entre otros.

Los residentes temporales son aquellas personas que ingresan al territorio nacional por razones laborales, de inversión, de políticas especiales, educación, cultura, religiosas, humanitarias y de reagrupación familiar por un periodo máximo de seis años. Cada una de las razones antes apuntadas constituye una subcategoría migratoria que, a su vez, tiene diversas modalidades. En total suman 33 tipos diferentes de permisos de residencia temporal.

Mientras que las sub-categorías son establecidas en razón de los fines que persigue la persona extranjera o el gobierno con su permanencia en Panamá, las modalidades se distinguen, primordialmente, por atender a la razón social del empleador y, en algunos casos, en razón de las condiciones y puesto específico de la persona extranjera. Así hay permisos temporales para: el personal extranjero contratado como ejecutivo en empresas de la Zona Libre de Colón; de inversión agraria o forestal; de políticas especiales sobre investigadores, profesores, empresarios, técnicos o estudiantes que específicamente participan en la Fundación Ciudad del Saber, y para trabajar contratadas por la autoridad del Canal de Panamá, dentro del área Panamá Pacífico o en empresas comerciales multinacionales.

La ley establece una medida relevante en cuanto a la protección y prevención de delitos, especialmente en materia de explotación o abuso laboral y trata de personas, la constituye el establecimiento de una sanción económica a los empleadores que retengan documentos de identificación, documentos de viaje o pasaportes de los trabajadores extranjeros y que no cumplan con las disposiciones mínimas en materia laboral, de salud y seguridad social que señala la legislación, sin perjuicio de las responsabilidades penales en las que incurran.

También reconoce la existencia, sobre su territorio, de movimientos y desplazamientos migratorios transfronterizos que no constituyan una afluencia masiva, por parte de las etnias indígenas panameñas de origen ancestral, su obligación de preservar y facilitar el paso inocente de esas poblaciones, desde y hacia la jurisdicción panameña, así como de protegerlas de amenazas relacionadas con el tráfico ilegal de personas, el narcotráfico y sus delitos conexos, el terrorismo, el tráfico ilegal de armas y explosivos y otras actividades delictivas relacionadas con la depredación del ecosistema y el tráfico ilegal de especies de la flora y la fauna en vías de extinción.

El Servicio Nacional de Migración y el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral adoptarán los mecanismos necesarios a efecto de que los trámites migratorios de sus competencias se realicen de manera coordinada para el mejor cumplimiento de las disposiciones legales laborales y de migración (artículo 53).

El empleador, agente, contratista o intermediario de cualquier naturaleza que necesite ocupar trabajadores extranjeros, o recibir servicios profesionales de un extranjero, en el territorio nacional, deberá cumplir todas las obligaciones que establece el presente Decreto Ley, la legislación laboral u otras disposiciones legales pertinentes (artículo 54).

El empleador, agente, contratista o intermediario de cualquier naturaleza que necesite ocupar trabajadores extranjeros, o recibir

servicios profesionales de un extranjero en el territorio nacional le exigirá que presente la documentación que acredite su estadía legal en el país y que se encuentra debidamente autorizado para ello. El incumplimiento de esta obligación acarreará la sanción correspondiente (artículo 55).

El empleador, agente, contratista o intermediario de cualquier naturaleza que haya contratado a un trabajador extranjero o haya recibido servicios profesionales de un extranjero, deberá notificar al Servicio Nacional de Migración, en un término no mayor a veinte días hábiles, sobre el cese de la relación laboral o contractual. El incumplimiento de esta disposición generará la aplicación de multas para el empleador y/o al extranjero, sin perjuicio de que el Servicio Nacional de Migración haga efectiva la deportación del trabajador o profesional (artículo 56).

En el último periodo podemos observar el desarrollo normativo de la migración adquiere una perspectiva de seguridad que oscila entre la nacional y la pública.

Además se emiten una multiplicidad de Decretos Ejecutivos que regulan aspectos migratorios específicos, primordialmente en materia de regulación de estancia y permanencia, pero también destaca alguno referido a funciones de control migratorio.

1. Decreto Ejecutivo 240 de 2 de agosto de 2012 (países amigos)

Se crea dentro de la Categoría migratoria de Residente Permanente en calidad de extranjeros nacionales de países específicos que mantienen relaciones amistosas, profesionales, económicas y de inversión con la República de Panamá; otorgando de igual manera permiso de trabajo para el extranjero con permiso de residencia permanente. El permiso de trabajo expedido se otorgará de forma indefinida y tiene un costo para el solicitante de quinientos balboas.

2. Decreto Ejecutivo 140 del 2 de agosto de 2012

Proceso de Regularización Migratoria Extraordinaria, Panamá, "Crisol de Razas". Su objetivo es legalizar extranjeros con más de un año en el país. El mecanismo es que los extranjeros interesados en participar del proceso de regularización migratoria sacan su cita por Internet y sin requerir la asistencia legal de un abogado (a) idóneo en el país realicen el trámite. El Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral otorga el permiso de trabajo a todos los extranjeros que cumplan con los requisitos que rigen el proceso.

El Servicio Nacional de Migración confecciona las resoluciones correspondientes en cada caso y concede un carnet de Permanencia Provisional, cuya vigencia será de dos años a aquellos extranjeros que cumplan con los requisitos y documentación establecidos por primera vez. Y a los que se les apruebe la Permanencia Provisional por segunda vez tendrán un carnet con vigencia de diez (10) años, tal como lo establece el Decreto Ejecutivo 547 del 25 de julio de 2012. Entre los requisitos están: contar con un año o más de estadía en el país, no tener ningún trámite abierto en migración, llevar su récord policivo y acudir personalmente a presentar su solicitud de legalización.

Paralelamente existen otras categorías que facilitan la estancia como trabajador extranjero sin permiso de trabajo: Ley de Establecimientos de Operaciones de Sedes de Empresas Multinacionales, Ley de Incentivos a la Industria Cinematográfica, Visa de profesionales una subcategoría migratoria que por el por hecho de contar con un título de una profesión no restringida a nacionales panameños puedes obtener el estatus legal en Panamá, Visa basada en el Convenio Panamá Italia.

VIII. Condición laboral de personas extranjeras y la seguridad social

A través de la Ley 51 del 27 de diciembre de 2005 se incorpora de manera activa a los trabajadores extranjeros como personas a quienes se les exige su afiliación al régimen de seguridad. En su "Glosario" la ley define al trabajador como toda persona natural, nacional o extranjera, que presta servicios remunerados en dinero o en especie, dentro de la República de Panamá. Los artículos 77 y 78 de la Ley establecen la afiliación obligatoria e indican que están obligados a participar en el régimen de la Caja de Seguro Social todos los trabajadores nacionales o extranjeros que brinden servicios dentro de la República de Panamá, incluyendo los trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia, sin perjuicio de lo que al efecto dispongan las normas que sobre migración o trabajo de extranjeros rigen en la República de Panamá, las autoridades del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral o de la Dirección de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia, no podrán prohibir la afiliación y el pago de cuotas de un trabajador extranjero, que brinde servicios dentro del país, al régimen obligatorio de la Caja de Seguro Social, so pretexto del incumplimiento por parte de dicha persona de normas migratorias o de trabajo.

En el mismo sentido la ley establece que en el tema de inspección y recaudación de la información en su artículo 8 que si en el curso de una investigación para determinar el pago correcto de las cuotas la Institución detecta hechos que, a su criterio, puedan constituir incumplimiento de leyes migratorias, de trabajo u otras disposiciones legales vigentes, estará en la obligación de notificar al Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, a la Dirección General de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia o a la entidad correspondiente de tal situación, y podrá

remitirles a dichas entidades la información recabada sobre tales hechos.

Igual obligación tendrá el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, Servicio Nacional de Migración o cualquiera otra entidad del Estado que, en el curso de una investigación dentro del ámbito de sus funciones, detecte hechos que, a su criterio, pueden constituir actos de retención indebida y evasión de cuotas a la Caja de Seguro Social.

IX. Panamá y la política empresarial en temas de migración

La realidad en el tema de la migración laboral tampoco se escapa de la realidad de las condiciones laborales de los trabajadores panameños, caracterizado por la falta de control y cumplimiento de normas de protección y que muchas veces se someten a condiciones de trabajo precarias.

En cuanto al acceso a la justicia, una dificultad para su ejercicio en relación a la reclamación de sus derechos se ve determinado por la limitación en el tema de jurisprudencia que afecta la obtención de los derechos en igualdad de condiciones con el trabajador regular en Panamá.

La política migratoria panameña tiene retos que analizar:

- Establecer una estrategia coherente y sostenida para todas las personas migrantes.
- Se debe dar una respuesta estatal a los diferentes tipos de migraciones y el acceso a los servicios públicos para todas las personas.
- Las condiciones de vida y trabajo de las personas migrantes deben ser iguales que las de los nacionales para que no se afecte su vida y dignidad.

Panamá se caracteriza por ser un país de tránsito y destino de migrantes. Ello está ligado con el proceso constitutivo de la nación marcada por políticas restrictivas a la migración de determinados grupos nacionales que, en general, tenían una presencia importante en el país.

A pesar de la política claramente restrictiva y discriminatoria hacia las personas migrantes durante la primera mitad del siglo XX, en la segunda mitad del siglo el gobierno tuvo una posición menos reactiva hacia los flujos migratorios y una participación más activa en remediar situaciones de irregularidad migratoria.

El papel comercial y económico que tiene Panamá crea cierta cortina de humo sobre las condiciones sociales en el país, que no difieren a las de otros países en desarrollo pero son objeto de menos atención, especialmente, internacional. Esta situación, evidentemente, también se refleja en materia de violaciones y acceso a derechos de las personas migrantes irregulares.

El marco jurídico migratorio se destaca que regula con detalle, no sólo establece el papel que desempeña cada dependencia en su formulación, sino que también, al determinar las facultades que tienen, establece parámetros y criterios que deberán considerarse en su realización. En cuanto a la forma en la que el marco jurídico migratorio en Panamá regula la extranjería, se trata de una normativa con un componente impositivo y represivo de flujos migratorios irregulares importante. La característica que le distingue no es establecer restricciones al ejercicio de derechos por parte de personas irregulares, sino la de impulsar la regularidad migratoria a través de una amplia gama de categorías y calidades migratorias frente a un estricto régimen sancionatorio de conductas a través de las multas, la deportación o la expulsión.

La obtención de un estatus regular se facilita y pasa de ser un procedimiento costoso y complicado a proponer facilidades para la obtención de la condición regular en el país.

La existencia de una política migratoria empresarial en Panamá es indiscutible para quienes tienen un perfil del trabajador calificado, predominantemente joven y masculino.

X. Conclusiones

Al finalizar el estudio del tema podemos evidenciar una falta de Política Migratoria incluyendo la estrategia de país en los aspectos labores. Si bien es cierto, la situación laboral de las personas que migran a Panamá no escapa de la realidad de las relaciones de trabajo de manera general con nacionales, la ausencia de formalidad y desprotección laboral muchas veces es la norma que predomina en este tipo de relaciones de trabajo.

Entre los retos que tenemos en Panamá se encuentra que logremos la aplicación de instrumentos internacionales y recomendaciones realizadas por la OIT y la ONU en torno a esta materia.

La falta de ratificación de convenios internacionales en materia de migración laboral nos plantea una política o posición gubernamental sobre el trato al menos legal que se debe dar a las relaciones de trabajo con personas migrantes, la posición estatal se plantea como una suerte de restricción, castigando en muchas ocasiones a la parte trabajadora y en muchas ocasiones beneficiando a las empresas que asumen la informalidad como parte de su gestión administrativa.

Luego de la sincronización de nuestras normas legales con lo planteado en los convenios internacionales que proponen la protección de los trabajadores (as) migrantes, como consecuencia el reto que queda pendiente es que la jurisprudencia de los tribunales de justicia reflejen en su generalidad lo propuesto por los instrumentos internacionales.

XI. Bibliografía

Asamblea Nacional, Legispan y Gacetas Oficiales. Disponible en http://www.asamblea.gob.pa/legispan-y-gacetas-oficiales/

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual en Ocho Tomos*, Argentina, Heliasta, 2003.

Coria Márquez, Elba, *Estudio comparativo de la legislación y políticas migratorias en Centroamérica*, México y República Dominicana VIII.

García, Edgar, "Panamá no ratificará la Convención sobre Derechos de Trabajadores migrantes". Disponible en http://panorama.ridh.org/panama-no-ratificara-la-convencion-sobre-derechos-de-trabajadores-migrantes/.

Mitradel, *Aumentar el empleo, la productividad y la inclusión social*, Panamá, 2014.

_____, Estadísticas laborales. Departamento de Estadísticas de la Dirección de Planificación del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. Disponible en https://www.mitradel.gob.pa/.

_____, 2006. La OIT y los trabajadores migrantes. Disponible en http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang-es/index.htm.

_____, 2006. La OIT y los trabajadores migrantes. Disponible en http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang-es/index.htm.

_____, Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, 1998. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

_____, La OIT y los trabajadores migrantes. Disponible en https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang—es/index.htm. 2006.

OIT, Normlex Information System on International Labour Standards. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312242

Ricord, Humberto, *Las constituciones panameñas del siglo XX*. Disponible en http://biblio.juridicas. Unam.mx/libros/2/648/18.pdf. 2013.

Sandoval, Yolanda, "Panamá, destino de migración Laboral", *Periódico La Prensa*, Panamá, 25 de julio de 2017.

Universidad Especializada de las Americas (Udelas), Instituto de Estudios del Trabajo (Inetra) Informe sobre la situación del trabajo en Panamá, 2017.

Vargas Velarde, Óscar, *Derecho panameño del trabajo*, Sibauste, Panamá, 2001.

9. Contestar la hostilidad antinmigrante en Costa Rica

Carlos Sandoval García

I. Introducción

Este capítulo se informa de debates acerca de los modos en que las ciencias sociales responden a necesidades de conocimiento de actores sociales específicos y construyen vínculos en el entorno social, más allá de los círculos académicos. En particular, tomando como referencia la investigación en migraciones en Costa Rica, en este capítulo se reflexiona en los alcances y las limitaciones de procurar intervenir en tres áreas específicas. Una remite a las posibilidades de incidir en la política pública en el campo de las migraciones. Se discute la experiencia de análisis de la nueva Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica, la cual entró en vigencia en marzo de 2010. El principal reto sin duda ha sido cómo traducir el análisis de ciencias sociales en un alegato jurídico. Una segunda área es cómo contestar los imaginarios de la inmigración, que suelen caracterizarse por la exageración del número de inmigrantes y por imputarles a éstos el debilitamiento de los servicios públicos y el aumento de la inseguridad. Una tercera área de intervención se refiere al trabajo con comunidades migrantes y los modos en que ellas se posicionan frente a los discursos criminalizantes que los interpelan. A modo de conclusión, este capítulo sugiere cuatro retos

principales. Uno remite a la dimensión ética, referida a la responsabilidad de la escucha; un segundo reto se refiere a la constitución de equipos de trabajo; un tercer reto se refiere a las posibilidades de incidir en la formulación de políticas públicas pero también en el trabajo político en un sentido más amplio. Por último, este capítulo se interroga acerca de cómo las comunidades migrantes podrían constituirse en sujetos políticos, capaces de forjar sus propias redes, agendas y demandas.

La reflexión acerca del quehacer, institucionalización y vínculos de las ciencias sociales ha estado presente en diversos periodos y contextos socioculturales. Por lo común, se ha tratado de observaciones críticas surgidas en el contexto de relaciones de poder que privilegiaban ciertas perspectivas en demérito de otras.[1] Más recientemente, algunas de las preocupaciones iniciales han continuado en debate. Pierre Bourdieu,[2] por ejemplo, sugiere al menos tres planos de interrogación. Uno remite a los orígenes sociales y las condiciones sociales desde las cuales se produce; la segunda se interroga por las condiciones institucionales desde las cuales se trabaja y la tercera remite a los conceptos y herramientas desde las cuales y con las cuales se conceptualiza y desarrolla un proyecto. Los tres demandan un esfuerzo de distanciamiento, capaz de convertir la biografía y las premisas de trabajo en objeto de indagación.

Boaventura de Sousa Santos[3] ofrece una segunda referencia reciente al debate sobre las ciencias sociales al sugerir que la realidad no puede ser reducida a lo que existe, para lo cual se requiere una sociología de las ausencias y una sociología de las emergencias. La

[1] Frantz Fanon, *Black Skin, White Masks*, Londres, Pluto, 1986; Charles Wright Mills, *La imaginación sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

[2] Pierre Bourdieu y Loic Wacquant, *An Invitation to Reflexive Sociology*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 37.

[3] Boaventura de Sousa Santos, *Epistemologías desde el Sur*, Buenos Aires, Clacso, 2009.

primera es caracterizada como "una investigación que intenta demostrar que lo que no existe es, en verdad, activamente producido como no existente, es decir, como una alternativa no creíble a lo que existe".[4] Por su parte, "[l]a sociología de las emergencias consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas".[5] "Mientras que la sociología de las ausencias se mueve en el campo de las experiencias sociales, la sociología de las emergencias se mueve en el campo de las expectativas sociales".[6] "Ambas le otorgan al presente un contenido más denso y sustantivo que el instante fugaz entre pasado y futuro".[7]

Una tercera referencia sobre la cual este capítulo se elabora es el debate en torno al llamado de Michael Burawoy[8] acerca de la sociología pública, el cual se interroga para quién y para qué es el conocimiento que se produce. Burawoy[9] identifica cuatro dimensiones de la sociología: la profesional —con la mayor legitimidad y reconocimiento—, la sociología de las políticas públicas, la sociología crítica y la que él subraya como el principal reto: la sociología pública. Mientras algunos críticos advierten reservas acerca de si efectivamente la sociología pública será capaz de subvertir las jerarquías al interior de la disciplina,[10] otras reacciones se interrogan hasta qué punto la sociología pública reconoce las asimetrías entre la sociología y campos subalternos de conocimiento, como los Es-

[4] *Ibid*., p. 109.

[5] *Ibid*., p. 129.

[6] *Ibid*., p. 130.

[7] *Ibid*., p. 131.

[8] Michael Burawoy, "For Public Sociology", *American Sociological Review*, vol. 70, 4, 2007.

[9] *Ibid*., p. 243.

[10] Sharon Hays, "Stalled at the Altar? Conflict, Hierarchy and Compartmentalization, en Burawoy's Public Sociology", en Clawson, Dan *et al.*, *Public Sociology. Fifteen Eminent Sociologists Debate Politcs & the Profession in the Twenty Century*, Berkeley, University of California Press, 2007.

tudios Latinos o los Estudios Étnicos.[11] Una duda mayor es en qué medida este debate en torno a la sociología pública dialoga con perspectivas semejantes en el Sur global.[12]

Este artículo se interroga, siguiendo a Patricia Hill Collins,[13] si nosotro/as —quienes trabajamos críticamente en migración— no habremos "estado *haciendo* sociología pública sin saberlo" (énfasis en el original), pero al mismo tiempo también se pregunta de qué modo estos debates enriquecen nuestro trabajo, sobre todo en una época en que las debilidades institucionales de las universidades centroamericanas y el predominio de las prioridades de la cooperación internacional deja pocas opciones para que las nuevas generaciones de cientistas sociales puedan contar con oportunidades laborales estables desde las cuales puedan responder a las necesidades de conocimiento de los sectores mayoritarios de la región.

Estas tres áreas —políticas públicas, imaginarios sociales, trabajo con comunidades migrantes— surgen de proyectos de investigación realizados en el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica entre 2005 y 2011, en los cuales se ha procurado no sólo investigar algunas de las dimensiones más relevantes de fenómenos asociados a la migración, sino también se ha interrogado cómo construir formas cooperativas de trabajo en donde la colaboración y no la competencia sea el valor predominante.[14] Ello nos ha permitido conformar equipos de trabajo inter-

[11] Evelyn Nakano Glenn, "Whose Public Sociology? The Subaltern Speaks, but Who Is Listening?", en Dan Clawson *et al.*, *op. cit.*, 2007.

[12] Véase Burawoy, *op. cit.*, 2007, p. 254.

[13] Patricia Hill Collins, "Doing the Sociology that Had no Name", en Dan Clawson *et al.*, *op. cit.*, p. 21.

[14] Durante estos años un número de colegas contribuyó. Esteban Sánchez Solano, Mayela Castillo Villachica, Karen Masís Fernández, Marcela Montanaro Mena y Olman Bolaños participaron en algunos tramos. Mónica Brenes Montoya, Laura Paniagua Arguedas y quien suscribe hemos laborado juntos durante todo el periodo. Durante estos años, hemos recibido apoyo de la Fundación Wenner Gren para la Investigación en Antropología de los Estados Unidos (2005), el

generacionales con colegas de las ciencias sociales, artes y derecho. Como apuntó Michael Green[15] a propósito de la conformación de prácticas de trabajo de los Estudios Culturales en la Universidad de Birmingham, no es sólo agendas intelectuales y políticas amplias e innovadoras las que dan lugar a iniciativas de investigación, sino que ello también depende de las formas en que se organice el trabajo. Los retos de las ciencias sociales no sólo remiten pues a la formulación de preguntas teórica, metodológica y socialmente informadas, sino también a propiciar culturas académicas intensas, generosas y enriquecedoras. Asimismo, estas experiencias se han alimentado de la reflexión acerca de cómo construir vínculos con las personas migrantes, a quienes, más que ser considerados "objetos de investigación", se les reconoce como sujetos; con organizaciones que realizan trabajo de incidencia y acompañamiento de comunidades migrantes, incluidos los medios de comunicación y con agencias financiadoras. Cuánto de estas prácticas de construcción institucional tanto internas como externas podrían enriquecerse en el tiempo es una interrogante que no tiene una respuesta fácil ni asegurada.

II. Otras amenazas en el imaginario social costarricense

La comunidad nicaragüense en Costa Rica es uno de los casos relevantes de inmigración Sur-Sur en el contexto latinoamericano. De acuerdo con el último Censo de Población realizado en 2000, se estima que las personas nicaragüenses que viven en Costa Rica representan alrededor de 226.374 (5.9%) del total de los habitan-

Servicio Jesuita para Migrantes de Centroamérica (2006-2007) y el Centro para la Investigación y el Desarrollo de Canadá (2007-2011).

[15] Green Michael, "Working Practices", en J. McGuigan [ed.], *Cultural Methodologies*, Londres, Sage, 1997, p. 195.

tes. Según estimaciones de la Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples, para 2009, la población nicaragüense en el país asciende a 270 105 personas, un 5.8% del total. Es decir, a lo largo de una década ha habido un ligero descenso, aunque en el imaginario social costarricense persiste la imagen de que el número inmigrantes continúa aumentando.

En la segunda mitad del siglo XX se pueden distinguir dos momentos en que se intensifican los desplazamientos de población de Nicaragua hacia Costa Rica. Uno es provocado por la guerra financiada por la administración Reagan a inicios de la década de 1980, la cual demanda el establecimiento del Servicio Militar Patriótico y produce una profunda crisis económica en la sociedad nicaragüense. El otro es generado por las medidas de corte neoliberal que privatizan instituciones, eliminan subsidios y generan un enorme desempleo a principios de la década de 1990. Adicionalmente, el desastre social producido por el Huracán Mitch agravó las condiciones de vida de cientos de miles de nicaragüenses.

La comunidad nicaragüense en Costa Rica ha sido tematizada tanto en los medios de difusión como en conversaciones cotidianas. Muchos de los temas pueden resultar familiares en otros países y regiones, pues si bien las nacionalidades cambian, las narrativas permanecen. ¿Se convertirán los inmigrantes en mayoría?, ¿impondrán otras costumbres?, ¿desplazarán a los nacionales de sus empleos? ¿son responsables del deterioro de los servicios públicos y del aumento de la criminalidad y la sensación de inseguridad?, son algunas de las preguntas recurrentes que se escuchan en Costa Rica, pero también en Estados Unidos o la Unión Europa.[16]

[16] George Lipsitz, *The Possessive Investment in Whiteness. How White People Profit from Identity Politics*, Filadelfia, Temple University Press, 1988. Leo Chavez, *Covering Immigration: Popular Images and the Politics of the Nation*, University of California Press, 2001; Gargi Bhattcharrya, John Gabriel y Stephen Small, *Race and Power. Global Racism in the Twenty-First Century*, Londres, Routledge, 2002. Leo Chavez,

En el caso de la sociedad costarricense, existe una débil esfera pública que impide potenciar la reflexión sobre sí misma y reconocer que ha habido un debilitamiento de instituciones claves, sobre todo generado por la disminución de la inversión pública, y un desdibujamiento del imaginario colectivo que ha caracterizado al país como "excepcional". Con frecuencia, las fantasías acerca de la *nación* reemplazan el debate acerca del tipo de *sociedad* a que se aspira. La hostilidad antinmigrante, abonada con frecuencia por los medios de comunicación, ha sido la materia prima de estas fantasías excluyentes de nación. A su vez, esta misma hostilidad antinmigrante pretende contener, volver llevadera, la ansiedad generada por la incertidumbre del borramiento de las instituciones y los imaginarios.

III. La legalidad que produce irregularidad

La Ley de General de Migración y Extranjería (núm. 8764) vigente fue aprobada por la Asamblea Legislativa en julio de 2009 y entró en efecto en marzo de 2010. En general, presenta una serie de modificaciones respecto a la ley anterior. Elimina buena parte del vocabulario vinculado a la "seguridad", el cual abundaba en ley previa, y lo reemplaza por el de derechos humanos, haciendo alusión a múltiples convenios internacionales ratificados y vigentes en Costa Rica.[17]

The Latino Threat. Constructing Immigrants, Citizens and the Nation, Berkeley, University of California Press, 2008.

[17] En el caso de la niñez y la adolescencia, se hace mención de que en una política migratoria será importante tener en cuenta el interés superior de estas poblaciones. Otro elemento importante de esta legislación lo constituye el reconocimiento de la población costarricense como migrante y el compromiso sobre las medidas a tomar para proteger el derecho a no migrar y las garantías para las personas que desean retornar.

Sin embargo, plantea una serie de disposiciones que conviene analizar con detenimiento. Esta nueva legislación combina un encuadre de derechos humanos que le ha ganado una importante legitimidad entre actores, y disposiciones específicas que vuelven el proceso de regularización migratoria aún más honeroso y difícil, al tiempo que otorga competencias a las instancias encargadas de ejecutar la legislación migratoria que más serían propias del Poder Judicial.[18]

Pese a que, de acuerdo con la Caja Costarricense de Seguro Social, a febrero de 2009 sólo el 57.4% de la Población Económicamente Activa estaba cubierta por el seguro social, sobre todo como resultado de que la mayoría de los empleos que se generan son de tipo "informal", la afiliación al sistema público de seguridad social es uno de los nuevos requisitos para iniciar trámites de regularización (artículos 7, inciso *7*; 78, inciso *3*; y 97). Ello está teniendo como consecuencia que el aseguramiento recaiga en los y las trabajadoras y se exima a los empleadores de su responsabilidad.

Los costos son otro aspecto relativo a la documentación. La Ley establece una serie de pagos para acceder a periodos de extensión de la categoría migratoria o para cambiar ésta. Por ejemplo, una persona con categoría de turista debe cancelar 100 dólares si desea

[18] Respecto al modo en que los derechos humanos en ocasiones se constituyen en un referente para legitimar políticas que incluso erosionan los mismos derechos humanos que dicen proteger, Tanya Basok (2009) nota que con frecuencia el análisis de los derechos se concentra sobre todo en la implementación de las normas más que en las normas mismas. Ello ha significado que ha habido poca atención a la distinción entre aquellos derechos que se adecuan a las tradiciones liberales y aquellos que podrían desafiar la soberanía nacional. Basok sugiere distinguir entre principios de derechos humanos hegemónicos y contrahegemónicos. Los primeros son los congruentes con las nociones liberales de la igualdad de los individuos y de la libertad de los individuos frente a la coerción, mientras que los derechos humanos contrahegemónicos son aquellos que en una u otra forma desafían el *status quo*, ya sea debilitando las premisas políticas y económicas de la democracia liberales o los principios de soberanía nacional.

prolongar su estancia en el país (artículo 90). Asimismo, si se desea cambiar la categoría migratoria se debe, además de cumplir con los requisitos para obtener la nueva categoría, pagar 200 dólares (artículos 96 y 125), a menos que salga del país a visar, en cuyo caso debe iniciar trámite de residencia, lo cual tiene un monto de 30 dólares.

Si se toma en cuenta que los altos costos son uno de los factores que impiden los trámites de regularización del estatus migratorio o de renovación de documentos, estos costos se convierten en un factor que impide la regularización. Incluso uno de los motivos para cancelar la residencia permanente de una persona sea el no renovar su documentación en un periodo de tres meses posteriores al vencimiento de la misma (artículo 129, inciso 10). A lo anterior se debe sumar que por toda estancia irregular en territorio costarricense se deberá cancelar una multa de 100 dólares por cada mes de estancia irregular o "en su defecto, se prohibirá su ingreso por un plazo equivalente al triple del tiempo de su permanencia irregular" (artículo 33, inciso *3*).

El requisito del aseguramiento aunado a la severidad de las multas, muy probablemente aumentará la no documentación. Así, la ley produciría la "ilegalidad" que ella misma dice que procura erradicar, es decir, los requisitos son tales que fomenta la ausencia de la documentación. El reporte de solicitudes de regularización presentados a la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME) durante 2010 revela que antes y después de la entrada en vigencia de la Ley no se observan cambios significativos, es decir, la regularización, uno de los pasos hacia la integración —la promesa de la Ley— está lejos de cumplirse.[19]

[19] Para diciembre de 2010, las estadísticas reportaron 356 860 personas inscritas en la DGME, de las cuales 313 100 son permanentes, 24 261 son temporales y 19 499 son especiales. La población nicaragüense registrada suma 245 889 personas, es decir, un 68.9%. En 2010, se recibieron 23 210 nuevas solicitudes. La distribución por mes, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley en

Esta es una tendencia subrayada en algunos estudios sobre legislación migratoria en varios países.[20] Moe Naggi, por ejemplo, ha notado que: "La restricción migratoria produce una persona ilegal como un nuevo sujeto político ilegal, cuya inclusión dentro de la nación fue simultáneamente una realidad y una imposibilidad legal". Ella continua diciendo que "ser un inmigrante no autorizado o ilegal es un estatus conferido por el Estado y luego se incorpora en los cuerpos de los migrantes, porque la ilegalidad es tanto producida como vivida".[21] Una ley que surgió inspirada en nombre de los derechos humanos termina disminuyendo las posibilidades prácticas de alcanzar la regularización migratoria.

Un segundo conjunto de disposiciones previstas por la Ley se refieren a las facultades otorgadas a autoridades migratorias. Las aprehensiones facultadas a la Policía de Migración son por 24 horas, pero éstas podrían extenderse, con autorización del director de la DGME, por más tiempo, sin especificar el límite, tal y como se establece en los artículos 12 y 31, incisos *5* a y *5b*. En este contexto, surge la duda de si las aprehensiones pueden ser indeterminadas y si éstas pueden ser prolongadas por una autoridad administrativa o están expresamente reservadas para una autoridad judicial, tal como lo explicita la Constitución Política de Costa Rica en su artículo 37. En la misma dirección, se tendría que comprender la disposición del artículo 16 de la Ley de Migración y Extranjería vigente, en el sentido de que "La Policía Profesional de Migración

---

marzo, muestra que en enero se recibieron 1 420 solicitudes mientras que en noviembre 1 499. Es decir, la Ley no parece, al menos durante los primeros ocho meses de su vigencia, un incremento de las solicitudes de permanencia documentada, que constituiría un primer paso hacia la integración, que ya se anotó es su propósito. Estas cifras requieren de la mayor discusión, pues constituyen posiblemente los indicadores más confiables para cotejar metas y resultados. Hasta ahora han pasado desapercibidas.

[20] Nicholas de Genova, "'Migrant 'Illegality' and Deportability in Everyday Life", en *Anun Review of Anthropology*, 2002, pp. 1419-1447.

[21] Citado en Leo Chavez, *The Latino Treat…*, *cit.*, p. 23.

investigará la trata y el tráfico de personas, así como cualquier infracción de naturaleza migratoria". La policía administrativa estaría facultada para realizar aprehensiones, pero no debería estarlo para investigar casos, lo cual se supondría, nuevamente, una facultad del Poder Judicial, tal como lo establece la Constitución Política en su artículo 153.

En una perspectiva de más largo alcance, esta discrecionalidad otorgada a autoridades administrativas coincide con señalamientos realizados a propósito de cambios en la legislación de un buen número de países, los cuales han significado la erosión de un número de premisas del Estado de derecho, incluyendo la discrecionalidad otorgada a autoridades policiales, la disminución de la presunción de inocencia y la división de los poderes.[22] En el ámbito migratorio entonces toman forma cambios cuya naturaleza y consecuencias podrían ser de largo alcance.

Seyla Benhabib[23] ha notado que las migraciones transnacionales ponen sobre el tapete el dilema constitutivo en el corazón mismo de las democracias liberales entre las demandas de soberanía y autodeterminación por una parte y la adherencia a principios universales de derechos humanos, por la otra. Se reconoce que hay derechos humanos que trascienden las políticas nacionales pero también se registra que la soberanía del Estado continúa determinando quién tiene o no derechos.

Una de las tareas pendientes continúa siendo concebir una política pública en materia de migración que parta del reconocimiento de la profunda interdependencia entre las personas migrantes, sus familiares y las comunidades de acogida. Miles de personas han encontrado empleo y residencia en Costa Rica, al tiempo que muchos y muchas costarricenses podemos desempeñarnos en

[22] Gargi Bhattcharrya, *Dangerous Brown Men. Exploiting Sex, Violence and Feminism in the War of Terror*, Londres, Zed Books, 2008.

[23] Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 2.

nuestros trabajos remunerados porque una persona nicaragüense cuida a nuestros hijos e hijas, y adultos y adultas mayores. Algunas actividades económicas dependen estructuralmente de la participación de nicaragüenses, como es el caso de la construcción, la agricultura de exportación, la seguridad privada y desde luego el trabajo doméstico remunerado. Aunque, como Benhabib[24] anota, las personas seamos "radicalmente y no meramente interdependientes", ella misma subraya que:

> La ciudadanía y las prácticas de la membresía política son los rituales a través de los cuales la nación se reproduce espacialmente. El control de las fronteras territoriales, las cuales son coetáneas con la soberanía del Estado nación moderno, buscan asegurar la pureza de la nación en *el tiempo* a través de la vigilancia de tus contactos e interacciones en *el espacio*.[25]

La construcción de vínculos entre saberes, agentes y prácticas sociales en torno a la demanda de justicia y derechos en el campo de la migración requiere la búsqueda de formas de articulación entre perspectivas más de tipo analítico, que describen por ejemplo el incremento de políticas de control de flujos migratorios, y aquellos enfoques cuya atención principal está en una perspectiva normativa, cuya prioridad es imaginar posibles modos de transformación. Como se anotó antes, Boaventura de Sousa Santos[26] sugiere que la realidad no puede ser reducida a lo que existe y más que sugerir nuevas totalidades, por lo demás necesariamente incompletas, él apunta hacia el trabajo de traducción, el cual es precisado como "el procedimiento que permite crear inteligibilidad recíproca entre las experiencias del mundo, tanto las disponibles

[24] *Ibid*., p. 18.
[25] *Ibid*.
[26] Boaventura de Sousa Santos, *op. cit*., p. 125.

como las posibles, reveladas por la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias".[27]

La traducción implica vínculos entre saberes, agentes, prácticas sociales y es particularmente necesario en la búsqueda de articulación entre perspectivas más de tipo analítico y aquellas más orientadas desde enfoques normativos. La importancia de este vínculo adquiere más relevancia si se reconoce, como lo ha notado Jonathan Rutherford[28] que el predominio de teorías que enfatizan la reconstrucción de identidades sociales y otras formas de adscripción, por lo general afines al postestructuralismo, han carecido de las referencias éticas para generar nuevas relaciones sociales más igualitarias que las que buscaban deconstruir. El énfasis en la reconstrucción no ha estado acompañada pues con un ímpetu similar en términos de articulación de mundos emergentes.

La traducción facilita la configuración de "zonas de contacto"[29] entre saberes, perspectivas, actores que no coinciden con frecuencia. El derecho —dice De Sousa[30]— "puede ser emancipatorio en la medida en que sea usado de modo contrahegemónico". Es decir, se requiere trascender la sola crítica académica o los comunicados de organizaciones señalando discriminaciones en esta Ley, para avanzar en el reconocimiento de "ciudadanías en práctica",[31] para lo cual las ciencias sociales públicas, en el sentido de Burawoy, pueden contribuir.

En este contexto, surge el reto de procurar impugnar por inconstitucionales o por reñir con normativa internacional de la cual el Estado costarricense es signatario, algunos artículos de esta Ley ante

[27] *Ibid*., p. 136.

[28] Rutherford, *op. cit.*, 2007, p. 19.

[29] Carlos Sandoval, "Zonas de contacto entre las ciencias sociales", en Elizabeth Cook [ed.], *Género y religión, sospechas y aportes para la reflexión*, San José, Universidad Bíblica Latinoamericana, 2009.

[30] Boaventura de Sousa Santos, "Prólogo", en Patricio Pazmiño Freire, *Del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, Flacso, 2010, p. 12.

[31] Mónica Brenes *et al.*, *Ciudadanías en práctica. El ejercicio de los derechos de personas migrantes en Costa Rica en la Sala Constitucional*, San José, Conamaj, 2010.

el Tribunal Constitucional. Argumentar, por ejemplo, que algunos de los requisitos, costos y multas podrían violentar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, fundantes del Estado de derecho, o que las atribuciones de la DGME y de la policía de migración violenta el principio de independencia de los poderes. Después de todo, como apunta Ruth Lister,[32] "Buena parte de la historia política del siglo XX ha estado caracterizada por batallas por extender, defender o hacer realidad derechos políticos, civiles y sociales de ciudadanía". En un sentido similar, Elizabeth Jelin[33] sostiene que "La historia de la ciudadanía es, en realidad, la historia de luchas sociales por la expansión y la profundización de los derechos".

Ello implica no sólo sistematizar algunas de las críticas a la legislación vigente, sino también consolidar capacidades para impugnar persuasivamente la necesidad de hacer prevalecer la justicia y los derechos ciudadanos más allá de la nacionalidad. A partir de esta inquietud, se invitó a colegas que trabajan en el tema de la migración a reflexionar sobre los alcances de la Ley y las posibilidades de desarrollar incidencia.[34] En el marco de estas iniciativas, se le hizo entrega de un documento con las principales inquietudes al entonces director de la DGME, en el cual se sugería, por ejemplo, que no se disminuyeran los costos, pero que sí se ampliara la vigencia de los documentos. Como producto de esta iniciativa, la DGME amplió la vigencia de las cédulas de residencia: de un año a dos

[32] Ruth Lister, *Citizenship. Feminist Perspectives*, Nueva York, New York University Press, 1997, p. 4.

[33] Elizabeth Jelin, "Migraciones y derechos: instituciones y prácticas sociales en la construcción de la igualdad y la diferencia", en A. Grimson y E. Jelin [comps.], *Migraciones hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*, Buenos Aires, Prometeo, 2005.

[34] Las iniciativas descritas seguidamente forman parte del proyecto "Avanzando los derechos de las mujeres migrantes en América Latina y el Caribe", el cual se desarrolló desde el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica y con el apoyo del Centro Internacional para la Investigación y el Desarrollo de Canadá.

para la primera emisión y a tres o cuatro para las revalidaciones, tal y como se constata en el artículo 56 del Reglamento de Extranjería, que se divulgó en el diario oficial *La Gaceta* en enero de 2011.

Una segunda etapa del trabajo consistió en convocar a un grupo más permanente, a una reflexión más cuidadosa de la Ley y de las posibilidades de preparar un recurso de inconstitucionalidad. A inicios de 2011, un primer borrador del recurso está preparado. Si se compara el trabajo realizado cuando entró en vigencia la Ley anterior en 2006 y en la actualidad, una diferencia importante es que en esta oportunidad hay un mayor esfuerzo crítico colectivo y capacidad para el análisis detallado e informado, el cual incluyó el análisis de los reglamentos que acompañan a la Ley.

Aunque la cooperación internacional en migraciones es frecuente y a veces abundante, es poco lo que se invierte en fomentar la incidencia sobre todo de largo plazo. En cambio, a menudo, se traslapan diagnósticos sobre diversas temáticas. Frente a este panorama ciertamente limitado, la experiencia de análisis de la Ley introduce interrogantes más generales acerca de cuáles deberían ser las prioridades de la investigación y la incidencia en el tema de migración, en un contexto caracterizado por el endurecimiento de la legislación migratoria en diversas regiones del mundo.

Una segunda iniciativa en materia de derechos se ha articulado en torno a la constatación de que mujeres nicaragüenses en condición irregular no tienen acceso a servicios de salud, excepto en situaciones de emergencia o bien durante su embarazo. Por otra parte, el Estado costarricense es signatario de derechos consignados en la legislación internacional sobre derechos sexuales y reproductivos. En consecuencia, lo establecido en esa normativa internacional es de acato obligatorio para el Estado costarricense. Desde luego, el enorme reto es cómo volver exigible el cumplimiento de la normativa internacional en el ámbito nacional. Sobre ello también se ha elaborado un documento que se espera presentar a las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Tanto el recurso de inconstitucionalidad como la propuesta de extender el derecho de acceso a la salud a mujeres migrantes en condición irregular se han visto entorpecidos por el conflicto en torno a la definición de los límites entre Nicaragua y Costa Rica.[35] Esta coyuntura implica un considerable retroceso en términos de ejercicio de derechos de personas migrantes. Los medios de comunicación han representado el conflicto como un enfrentamiento entre sociedades e incluso en Costa Rica se convocó a colocar banderas en las viviendas y en los automóviles para remarcar la identificación de la población con las tesis del gobierno. Así el conflicto limítrofe ha movilizado y articulado con gran intensidad discursos nacionalistas y ha incrementado la hostilidad antinmigrante. Por ello, junto con el ejercicio de las ciudadanías en práctica, se plantea el enorme reto de discutir los imaginarios sociales en torno a la inmigración, algunos de los cuales son, sin duda, punto de partida para la legislación que se ha discutido en este apartado. Este es el tema de la siguiente sección.

IV. Imaginarios sociales en torno a la inmigración

En un contexto de hostilidad antinmigrante, uno de los retos que enfrentan tanto la investigación académica como las organizaciones sociales es cómo responder a ésta, tanto en términos de contenidos como de formas culturales y medios empleados. En esta sección se examinan algunos de los argumentos desde los cuales se procura responder a la hostilidad antinmigrante. Un primer argumento es el "juego de los números",[36] el cual sugiere que si el

[35] Véase por ejemplo http://www.nacion.com/20101113/AldeaGlobal/NotaPrincipal/Aldea Global2588257.aspx.

[36] Stuart Hall, "The Whites in their Eyes. Racist Ideologies and the Media", en M. Alvarado y J. Thompson [eds.], *The Media Reader*, Londres, British Film Institute, 1981, p. 20.

número de inmigrantes disminuyera, decrecería también la hostilidad. Un segundo repertorio es instrumental y utilitario: dado que los y las inmigrantes realizan labores que la población local no realiza, los debemos aceptar. Un tercer modo de responder, común entre las ciencias sociales críticas, es asumir que la hostilidad es producto de imágenes infundadas acerca de la relación entre inseguridad o falta de facilidades en las instituciones y la presencia de inmigrantes. Un cuarto modo de responder remite a valores como la hospitalidad y la solidaridad para intentar trascender la hostilidad y la exclusión asociadas a la legislación migratoria.

El "juego de los números" suele ser empleado desde posiciones conservadores no tanto para refutar la hostilidad, sino para justificarla. Así, la tesis principal es que si no hubiese "muchos migrantes", no habría hostilidad. Así, los inmigrantes son responsables de su propia discriminación. Ghassan Hage[37] nota para el caso de Australia algo que puede también decirse en el caso de Costa Rica: cuando se considera que hay "muchos inmigrantes", ello "representa la posibilidad de que se conviertan en algo fuera de control y el perder el *status* de ser un objeto de la voluntad del administrador nacionalista". Es decir, la exageración del número de inmigrantes legitima el ejercicio del poder tanto a través de discursos xenófobos como de políticas públicas que endurecen los controles migratorios.

La literatura reporta que no necesariamente hay una correspondencia entre el aumento de la inmigración y el aumento de la hostilidad. Se estima que el porcentaje de los y las migrantes internacionales corresponde al 3% de la población mundial total, es decir, unos 200 millones de personas. A menudo se considera que tales cifras corresponden a un aumento considerable de la migración internacional, con frecuencia explicada como consecuencia

[37] Ghassan Hage, *White Fantasies*, Sidney, Pluto Press, 1998, p. 92.

de la globalización. Sin embargo, historiadores[38] ya han notado que, en términos relativos con respecto a la población de la época, hubo mayor inmigración en el siglo XIX que en el siglo XX. Si a esta perspectiva histórica se integrara un análisis de la migración interna (muy poco estudiada contemporáneamente), podría haber también resultados sorprendentes. Por ejemplo, la migración interna de China, sobre todo hacia las provincias del Pacífico, se estima en 200 millones de personas, es decir, el equivalente al total de la inmigración internacional total. De lo anterior se podría concluir que tanto en términos históricos como del contraste migración interna-migración externa debería tenerse mayor cautela cuando se concluye que se vive una "edad de las migraciones", que se asume a menudo como sinónimo de migraciones internacionales. Muy probablemente, lo más sobresaliente de este periodo sea el incremento de los controles de los países desarrollados, particularmente los Estados Unidos y la Unión Europea, para evitar el ingreso de personas de baja escolaridad, provenientes de países de América Latina, Asia y África.

El caso de Costa Rica muestra algunas similitudes a lo acotado en términos internacionales. El Censo de 1929, por ejemplo, reportó 6.2% de población extranjera, mientras que el último Censo, realizado en 2000, estimó un 7.5%. Es decir, las cifras no han aumentado drásticamente. Incluso si se comparan los resultados del Censo 2000 con los provistos por la Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples 2009, como se anotó antes, se aprecia un ligero descenso de la población nicaragüense. Este ligero descenso (de 5.9 a 5.8 respecto a la población total) adquiere más relevancia si se tiene presente el descenso de la tasa de natalidad en Costa Rica, es decir, pese a que en un país decrece la población local, los y las inmigrantes no representan cifras crecientes. Sin embargo, la hos-

[38] Eric Hobsbawn, "The Death of Neoliberalism", en *Marxism Today*, noviembre-diciembre de 1999.

tilidad parece no mermar sustancialmente. A este respecto, uno de los retos pendientes desde la dimensión pública de las ciencias sociales es cómo emprender una lectura crítica de las tendencias demográficas con audiencias no especializadas.

Las respuestas instrumentales y utilitarias, que subrayan que dado que los y las nicaragüenses desempeñan los empleos que la población local no asume, suelen ser las más frecuentes y abogan por la tolerancia. Esta visión está basada en la premisa de que actividades económicas cruciales, como la agricultura de exportación (piña, naranja, melón, banano, café, por ejemplo), construcción o trabajo doméstico remunerado, dependen de la mano de obra de los y las nicaragüenses, y se les debe tolerar.

Sin embargo, la principal dificultad con el concepto de tolerancia es que aquellos que supuestamente tolerantes tienen el derecho de decidir en quiénes la ejercen; el poder que les permite ser tolerantes no se les retira. Como nota Hage,[39] la vocación de tolerancia les permite también ser intolerantes. Ser o no tolerantes es una opción para quienes ostentan poder. La tolerancia está animada, en última instancia, por el autointerés de la sociedad local, no por el reconocimiento de derechos de quienes son considerados "otros".

Una alternativa al utilitarismo de la tolerancia podría ser el reconocimiento de la interdependencia entre la sociedad de arribo y las y los migrantes. Sin embargo, la sociedad costarricense está lejos de estar en condiciones de reconocer cuánto depende ella de aquellos que no acepta. El reconocimiento de la interdependencia es una ausencia estructurante de la Ley de Migración. Es decir, aquello que no está tiende a configurar lo que aparece. En este sentido, la legislación migratoria expresa valores arraigados en el imaginario social, por lo que intentar cambiarla no es un asunto meramente jurídico (aun y cuando esta dimensión sea muy importante) sino que remite a un plano, si se quiere, más ideológico.

[39] Ghassan Hage, *op. cit.*, pp. 85-86.

La ausencia de la noción de interdependencia remite también a las posibles formas narrativas o géneros desde los cuales recrear la interdependencia. Es sintomático que en Costa Rica, pese a la frecuencia con la cual se refiere a la inmigración, no se hayan publicado novelas con esta temática, posiblemente la forma cultural que mejor suele dar cuenta del entramado social de una época.[40] No hay tampoco mayor participación de la primera generación de hijos e hijas de inmigrantes en el debate público sobre la inmigración. Ellos y ellas figurarían entre quienes estarían mejor preparados para advertir la centralidad de la interdependencia.

En un contexto en que la proporción de mujeres que laboran de manera remunerada es bastante mayor que la proporción de hombres que asumen trabajo doméstico no remunerado, las primeras tienden a reconocer en privado que sin el trabajo doméstico realizado por mujeres nicaragüenses ellas no podrían desempeñar labores remuneradas. Sin embargo, este reconocimiento no se traduce en términos de narrativas públicamente compartidas de interdependencia, capaces de incidir en los imaginarios sociales y en la formulación de políticas públicas.

En tercer lugar, una perspectiva crítica sobre la xenofobia subraya que las ideologías que subyacen a los imaginarios de la inmigración pretenden explicar la mayoría de los problemas sociales como consecuencia del incremento de la inmigración. La inseguridad y el declive de los servicios públicos incluyendo educación y salud se justifican con el incremento de la inmigración. El "otro nicaragüense" está profundamente imbricado en chistes, correos electrónicos, conversaciones interpersonales, blogs, programas de entretenimiento, entre otros. Probablemente la principal consecuencia de esta conversión es que la xenofobia y el racismo se han

[40] Mijail Bajtín, *The Dialogic Imagination: Four Essays by M. M. Bakthin*, Michael Holquist [ed.], trad. Caryl Emerson y Michael Holquist, Austin, University of Texas Press, 1981.

convertido como sentido común y pocas ocasiones se le responde, desde la misma vida cotidiana, a partir de enfoques críticos.

El punto de partida de las perspectivas críticas es que las mitologías no están justificadas en la evidencia empírica y más bien responden a prejuicios que la investigación al menos podría explicitar. Por ejemplo, la investigación argumenta que no hay una relación causal entre el aumento de ciertas formas de criminalidad y población migrante. El porcentaje de hombres privados de libertad es similar al porcentaje total de nicaragüenses en el país. El análisis de la asociación que suele establecerse entre el declive de servicios públicos y población migrante ha sido refutado a partir de la consideración de que este debilitamiento forma parte de la disminución de la inversión pública, una típica política neoliberal que ya lleva casi tres décadas.

Es vital imaginar formas de discutir con audiencias no especializadas la tesis de que el declive de condiciones de vida para importantes sectores de la sociedad costarricense no responde en lo fundamental a la comunidad migrante. La comunidad migrante, que aporta fuerza de trabajo estratégica para la agricultura de exportación (café, banano, piña, melón, yuca, entre otros), la construcción o el trabajo doméstico remunerado, comparte con sectores trabajadores costarricenses la experiencia de bajos salarios e inestabilidad laboral en un periodo en que la economía se ha diversificado y ha aumentado la riqueza, pero también se ha incrementado la desigualdad.

En este contexto, los imaginarios nacionalistas parecen estar reemplazando los imaginarios de sociedad como principal referencia para elaborar una comprensión de cambios institucionales y relaciones sociales. Como sugiere Saskia Sassen,[41] "la desnacio-

[41] Citado por Pierrette Hondagneu-Sotelo, *God's Heart has no Borders. How Religious Activists are Working for Immigrant Rights*, Berkeley, University of California Press, 2008.

nalización de la economía ha producido una nacionalización de la política". En este contexto, dos tareas son particularmente difíciles. Una es cómo presentar en audiencias no especializadas este cambio, de modo que los y las costarricenses en una situación más vulnerable no perciban a los nicaragüenses como aquellos que les quitan empleos, servicios y derechos. Como Jonathan Rutherford anota:

> Es fácil pensarse como liberal y tolerante cuando uno tiene una posición relativamente solvente y vive en un barrio seguro, protegido de los intrusos por precios inflados de las viviendas. Nuestra respuesta ética a los otros no es simplemente una preocupación moral privada, es un asunto político […] La idea de una ética de la hospitalidad significa la libertad de dar […] El acto de dar está basado en la experiencia de haber recibido.[42]

Es decir, el proponer ser generoso en una época en que el Estado y sus instituciones no lo han sido no es tarea fácil. La segunda dificultad es que la identificación con imágenes de una "nación amenazada" por inmigrantes se caracteriza por un fuerte componente emocional y por lo común explicaciones fundamentadas en "datos duros" no suelen aproximarse a las formas de adscripción más emotivas. Perspectivas interesadas en perspectivas emotivas, por lo común afines al psicoanálisis, abordan la hostilidad como una "identificación proyectiva" que condensa alrededor de aquellos considerados "otros" el sentido de fragilidad vivido por individuos en el mundo externo.[43] Desafortunadamente, al menos en

[42] Rutherford, *op. cit.*, pp. 65-66.

[43] Michael Rustin, *Reason and Unreason. Psychoanalysis, Science and Politics*. Londres y Nueva York, Continuum Books, 2001; Simon, Clarke, *Social Theory, Psychoanalysis and Racism*, Londres, Palgrave, 2003; Nick Totton, "Conflict, Competition and Aggression", en N. Totton [ed.], *The Politics of Psycotheraphy*, Berkshire, Open University Press, 2005.

el caso de Costa Rica, estas formas de comprender la hostilidad y la xenofobia ha sido más un recurso interpretativo y no tanto una estrategia de intervención pública. No tenemos experiencia en traducir "proyección identificatoria" a la discusión pública en la vida cotidiana, por ejemplo.

La ausencia de discusión acerca de la preeminencia del nacionalismo como identificación colectiva y la poca reflexión pública acerca de la dimensión emotiva ha dejado un espacio para la legitimación de la derecha. La campaña hacia las elecciones de 2000 tuvo como una de sus variantes la consolidación de una variante del populismo autoritario,[44] en la cual la derecha, la cual nunca es nombrada en cuanto tal, más que enfatizar apertura de mercados —promesa venida a menos en el contexto de la crisis económica— prometía cero tolerancia y penas más altas para aquellos que cometían crímenes. El encuadre de la campaña echó mano de un repertorio populista en el cual el ícono fue un hombre semidesnudo, quien justificaba sus pocas pertenencias como el único modo de asegurarse el no ser asaltado.

Probablemente, la más importante consecuencia de la legitimación del autoritarismo populista es que se convirtió en el encuadre en torno al cual el resto de los partidos organizaron sus campañas. La derecha terminó de constituirse en el centro del espectro político.[45] La oposición del centro o izquierda no intentó o no pudo introducir otro vocabulario y otros imaginarios. Costa Rica es el segundo país menos desigual de América Latina —la región más desigual del mundo— pero al mismo tiempo es uno de los países que la desigualdad ha aumentado con más intensidad en los últimos años. Sin embargo, cuando se analizan encuestas en que se pregunta cuál es el problema más importante del país, la desigual-

[44] Hall Stuart, "The Great Moving Right Show", en *Marxism Today*, enero de 1979.

[45] Carlos Sandoval, "Costa Rica, El triunfo de Chinchilla sella veinte años de derechización", en *Envío*, Nicaragua, UCA, vol. 29, núm. 344, 2010.

dad no se registra con una intensidad semejante en el imaginario social costarricense. Es decir, la desigualdad se vive, pero no hay una narrativa que dé cuenta de ella y, por lo tanto, difícilmente constituye tema de conversación y menos de reflexión. Una cuarta forma de acercarse a la xenofobia es una, si se quiere más práctica, basada en la experiencia comunitaria, especialmente en barriadas empobrecidas, en donde comedores, clínicas de salud o centros educativos emergen a partir de vínculos entre organizaciones locales, ONGs e Iglesias. La mayoría de estas iniciativas comenzaron en el contexto de la experiencia de exclusión procurando crear facilidades institucionales que contribuyeran a responder a necesidades, al tiempo que creaban un sentido de comunidad. En estas comunidades, nicaragüenses y costarricenses, comparten el día a día y la nacionalidad no es el principal motivo de conflicto. A pesar de las rivalidades y contradicciones presentes en los proyectos comunales, un tejido social de cosmopolitismo desde abajo se configura en torno a comedores, clínicas y escuelas. Éstos son los casos de comunidades binacionales como La Carpio, Barrio Nuevo o El Triángulo de Solidaridad, situadas en San José, la capital de Costa Rica. Como Mark Goodale anota: "muchos de los actores más importantes cuyos encuentros con el discurso de los derechos humanos contribuyen a su transnacionalismo muchas veces nunca salen físicamente de sus comunidades, ciudades o países". [46] Desdichadamente, el registro que se tiene de estas comunidades en la esfera pública es el de lugares criminalizados. Cómo legitimar un lugar para el cosmopolitanismo desde abajo en los discursos públicos es un reto que podría echar mano de la música, la ficción literaria, las artes escénicas, la producción audiovisual, para nom-

[46] Marc Goodale Marc, "Locating Rights. Envisioning Law Between the Global and the Local", en Marc Goodale y Merry Sally Engle [eds.], *The Practice of Human Rights. Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

brar algunas formas culturales y soportes. Por lo pronto, estas son tareas largamente postergadas.

El reconocimiento de cómo emerge la solidaridad y la hospitalidad desde la vida cotidiana puede constituir una referencia para perspectivas que priorizan sobre todo la deconstrucción que, como anota Jonathan Rutherford[47] "carecían de los recursos éticos para generar relaciones sociales e identidades nuevas y más igualitarias para reemplazar las que procuraban subvertir". Posiblemente, un reto de largo alcance, particularmente relevante en el estudio de los imaginarios de la inmigración, es que al tiempo que se deconstruye la hostilidad y la xenofobia se tiene que advertir cómo articular esfuerzos y horizontes de esperanza.

V. Cosmopolitanismo desde abajo

Sin duda el análisis de la legislación y los imaginarios mediáticos resultaría incompleto si simultáneamente no se explorara la experiencia de la comunidad migrante, la cual suele ser objeto de los discursos, pero pocas veces se le reconoce como sujeta de su propia enunciación.

"Darle voz a los que no tienen voz", como se decía en América Latina, sobre todo gracias a la vitalidad de la Teología de la Liberación, se ha venido transformando en la necesidad de escuchar a esos "otros", quienes siempre han tenido voz, pero a quienes no se les reconoce como iguales. Las historias de vida y otras herramientas de la etnografía son indispensables para inscribir, por ejemplo, parte de la experiencia de vidas de tantas y tantas personas, millones, que se ven forzadas a abandonar sus países en busca de oportunidades. La inmigración demanda de las ciencias sociales documentar tantas y tantas huellas de desplazamiento, que demandan,

[47] Rutherford, *op. cit.*, p. 19.

para decirlo con la reconocida expresión de Hanah Arendt,[48] "el derecho a tener derechos", la cual adquiere una creciente pertinencia, pues justamente uno de los retos más complejos consiste en legitimar el derecho que le asiste a migrantes que, sobre todo cuando no cuentan con documentos, se les considera "criminales".

El trabajo con comunidades es a menudo considerado como "asistencialismo", incapaz de trascender necesidades inmediatas. Algunas veces se sugiere que lo que se requiere es un trabajo más políticamente orientado. Ello implica una cierta división del trabajo entre quienes lo realizan trabajo con comunidades y quienes desempeñan tareas con prioridades más explícitamente políticas. La identificación de lo local como reducido a "asistencialismo" y lo público definido como "político" ha sido una dicotomía dañina. El trabajo comunitario puede a veces estar orientado al asistencialismo, pero también puede ser un terreno para que sectores sociales excluidos de las formas convencionales de la política den sentido a sus propias biografías y experiencias.

La construcción de memoria colectiva surgida en torno a las luchas y esfuerzos comunitarios es una tarea clave en términos de una cultura política surgida de la experiencia vivida. Elizabeth Jelin[49] sugiere que las memorias son procesos subjetivos, anclados en experiencias y en marcas simbólicas y materiales, y constituyen objetos de disputa, conflicto y lucha, por lo cual cambian y con ello varía el sentido del pasado. "Hay una lucha política activa acerca del sentido de lo ocurrido, pero también acerca del sentido de la memoria misma",[50] sostiene la autora. La memoria como construcción sociohistórica es un referente para la construcción de subjetividades e identidades colectivas. "Las identidades y las memorias no son cosas sobre las que pensamos, sino cosas con

[48] Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Orlando, Harcourt Brace, 1958.

[49] Elizabeth Jelin, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 2002, p. 2.

[50] *Ibid*., p. 6.

las que pensamos".[51] Como también apuntan Richard Johnson y sus colegas,[52] sólo podemos conocer lo que nosotros estamos pensando o sintiendo cuando lo expresamos a otros, dándole una forma cultural definida. Es decir, la experiencia vivida tiene que convertirse en narrativa para ser comunicada. Ello implica que la narrativa ha sido ya mediada por el lenguaje y por formas culturales vigentes para comunicar lo vivido.

Es desde una memoria capaz de articular luchas, esfuerzos, iniciativas comunitarias, que sería posible configurar sujetos políticos colectivos, los cuales tienden a ser eclipsados por el clientelismo de los partidos políticos tradicionales y no considerados interlocutores por la izquierda convencional. Así, el trabajo comunitario, sin ser llamado 'político', efectivamente lo es, y sin él no es posible construir alternativas a escalas mayores, que no sean exclusivamente expresión de sectores medios críticos.[53]

Esta sociología de las emergencias, como la llamaría De Sousa Santos, está también presente en los esfuerzos de articulación de iniciativas políticas en el terreno de la inmigración. Por ejemplo, los esfuerzos críticos en torno a la legislación migratoria requieren no reducirse a especialistas y más bien estar presentes también en los comedores comunales y otros espacios de socialización existentes en las comunidades empobrecidas. En su crítica a la dicotomía entre trabajo en contra del racismo en comunidades y las iniciativas antiglobalización, los cuales con alguna frecuencia no construy-

[51] Gillis, *cit.*, en Jelin, *op. cit.*, p. 25.

[52] Richard Johnson *et al.*, *The Practice of Cultural Studies*, Londres, Sage, 2004, pp. 264-265.

[53] El trabajo que un equipo de colegas realizamos en la comunidad de La Carpio, posiblemente la comunidad binacional más grande de Centroamérica (Sandoval *et al.*, *Nuestras vidas…*; Sandoval *et al.*, 2010; disponible en www.lacarpioenlinea.ucr.ac.cr) surgió y procuró contribuir a la elaboración de una memoria colectiva en una comunidad usualmente criminalizada.

yen vínculos con los sectores forzados a emigrar por las dinámicas capitalistas, Alana Lentin[54] sostiene:

> Para estos escritores [de la antiglobalización], el desplazamiento de quienes vivían en comunidades locales se refiere al esfuerzo de conectar lo local y lo global, el cual busca un proyecto intelectual y activista en contra de la globalización transnacional. Sin embargo, su dificultad para confrontar la inmediatez de las dificultades extremamente localizadas del inmigrante —conceptualizado como un símbolo o un movimiento más que como un individuo— y las negociaciones que tienen que darse al nivel de la localidad en busca de la sobrevivencia confirman el fracaso de la incorporación del antirracismo en la nueva política que describen.

A pesar del hecho de que en la mayoría de las veces los esfuerzos cotidianos realizados en los espacios comunitarios no son percibidos como "política", un desafío mayor es cómo construir vínculos con otras comunidades a través del reconocimiento de experiencia de exclusión y esfuerzos compartidos, los cuales podrían favorecer la consolidación de una serie de redes entre comunidades, entre éstas y otros sectores que comparten una serie de luchas y demandas semejantes y con iniciativas nacionales que procuran articular demandas más generales.

En la actualidad, comunidades situadas geográficamente cerca unas de otras se conocen poco entre sí. Mientras tanto, la proliferación de redes entre ONGs, proyectos de Naciones Unidas o Iglesias, algo favorecido por la cooperación internacional abundante en los últimos años en el campo de las migraciones, construye referencias muy débiles con las comunidades. Una consecuencia ciertamente previsible de esta tendencia es la disposición a "hablar en nombre

[54] Alana Lentin, *Racism & Anti-racism in Europe*, Londres, Pluto, 2004.

de los migrantes", aunque en las comunidades prácticamente se desconocen esas iniciativas que se dicen representarlas.

Las pocas organizaciones de personas migrantes son muy pocas y aglutinan a muy pocas personas. Al parecer la hostilidad y la xenofobia que viven en Costa Rica les previene de sentirse con derechos de manifestarse colectivamente. A su vez, la polarización política que caracteriza a la cultura política en Nicaragua y la débil cultura ciudadana de demandar servicios del Estado es también un factor que disminuye la expresión más autónoma. A ello se suma el papel de la cooperación internacional, la cual más que un fortalecimiento de las capacidades de la comunidad migrante invierte no pequeñas sumas de dinero en iniciativas como las que la Unión Europea llama 'codesarrollo' y que en el caso de Nicaragua y Costa Rica coordina la cooperación española y la Organización Internacional para las Migraciones, más interesada en legitimar las políticas de los Estados receptores que en promover los derechos de las personas migrantes. Un último factor que sin duda interviene en esta ausencia de organización de personas migrantes que es que la nueva generación de jóvenes costarricenses, hijos e hijas de migrantes no parecen asumirse como implicados en los esfuerzos por construir organizaciones.

La posibilidad de organizaciones de mayor escala en donde las personas migrantes sean protagonistas en sus demandas por reconocimiento y redistribución en varias escalas[55] requiere de su vinculación con las comunidades locales. Más que una agenda rígida, el esfuerzo colectivo tiene que surgir de las propias potencialidades de quienes están llamados y llamadas a ser protagonistas. Las comunidades migrantes son la mayoría de las veces empobrecidas, tanto por los factores que produjeron su inmigración forzada como por las condiciones que encuentran en los países de destino,

[55] Nancy Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Cambridge, Polity Press, 2008.

pero al mismo tiempo son vitales en una serie de actividades económicas. Al entrevistar a mujeres en la industria de la piña,[56] de la cual Costa Rica es el primer productor mundial, un grupo de mujeres recordaban cómo ellas paralizaron la planta procesadora para demandar mejor remuneración. El salario estaba basado en el número de cajas listas para la exportación, pero dado que la piña estaba siendo cortada muy madura, la mayor parte de la cosecha no calificaba para ser exportada. Así, aunque ellas laborasen largas horas, recibían un exiguo salario (8 euros por 10 o 12 horas de trabajo). Entonces redactaron una petición en la que establecían en que no volverían a laborar si no se negociaba su salario. Luego del paro, lograron lo que se propusieron. Lo más sugerente es que ellas no estaban afiliadas a un sindicato —la tasa de sindicalización en el sector privado de Costa Rica es de apenas un 5%—, pero tampoco estaban siendo asesoradas por una ONG o Iglesia. A partir de su propia experiencia,[57] reconocieron que su situación personal y laboral era política. Esta y muchas otras experiencias de las cuales ni siquiera se tiene registro estarían en la base de nuevas estructuras del sentir.[58]

VI. Conclusiones

A modo de conclusión, este capítulo sugiere cuatro retos principales. Uno remite a la dimensión ética, referida a la responsabilidad de la escucha, una segunda se refiere a la constitución de equipos de trabajo capaces de incidir en políticas públicas.

[56] Carlos Sandoval *et al.*, "Mujeres, migración y derechos", San José, Instituto de Investigaciones Sociales, Informe de Investigación, 2011.

[57] Joan Scott, "Experience", en J. Butler y J. W. Scott, *Feminist Theorize the Political*, Londres, Routledge, 1992.

[58] Raymond Williams, *Marxism and Literature*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

Varios retos emergen del intento de intervenir en la formulación de políticas, la crítica de imaginarios y el trabajo en comunidad. El primero remite a la dimensión ética, referida a la responsabilidad que se sigue de la escucha. Es decir, la escucha no sólo implica el seguimiento atento de lo que dicen las personas migrantes sino que abre interrogantes acerca de los modos en que lo dicho podría ser trasladado a quienes toman decisiones. Aquí parece haber un reto importante para las ciencias sociales, pues los diagnósticos de necesidades son frecuentes, coincidiendo en la mayoría de las ocasiones coinciden en las principales conclusiones, pero no suele haber mayor disposición de dar seguimiento a las demandas.

El segundo reto consiste en las posibilidades de constituir equipos de trabajo en donde colegas con distintas formaciones puedan contribuir en el trabajo de investigación y en los modos en que los principales hallazgos pueden incidir las políticas públicas, pero también en el trabajo político en un sentido más amplio. Las demandas planteadas por las comunidades recuerdan las tensiones que surgen de la relación entre aquellas perspectivas de las ciencias sociales más centradas en el análisis y aquellas más interesadas en las perspectivas normativas. Dichas tensiones se vuelven más vivas cuando de lo que se trata es no tanto reproducir la distinción analítico/normativo sino su vinculación y articulación a partir de situaciones y casos concretos.

Un tercer reto remite a la posibilidad de que desde la investigación se incida en la formulación de políticas públicas. No es difícil reconocer que suele haber resistencia mutua entre quienes formulan políticas y quienes realizan(mos) investigación académica, sobre todo en tiempos como los actuales en que las políticas mantienen una acentuada orientación en términos generales neoliberal y la investigación académica reivindica el análisis crítico. Sin embargo, a partir de la experiencia de trabajo en torno a la Ley de Migración y su reglamento, conviene insistir en que no se puede y no se debe descartar la incidencia. Si bien los resultados

son limitados, más limitante es asumir que las ciencias sociales sólo consisten en diagnosticar críticamente el estilo de desarrollo del país sin intentar intervenir en su curso. Asumir que se puede intervenir en el curso de procesos implica reconocer que hay en ciertos temas y contextos institucionales las posibilidades son mínimas y en otros son mayores. Es importante atender que en el proceso de demandar, el esfuerzo colectivo se visibiliza, al tiempo que se visibilizan también las agendas que se procuran legitimar. Es decir, los actores y las agendas no están preconfigurados de antemano, hay un proceso de aprendizaje y acumulación de capacidades indispensables a futuro para legitimar nuevas demandas.

Un cuarto reto, apenas incipiente en las experiencias narradas aquí, remite a los modos en que las mismas personas migrantes se pueden integrar en las labores de incidencia frente a las instituciones, de modo que la formulación de demandas no sea exclusiva de quienes laboran en universidades, ONGs, Iglesias entre otras instituciones. En algunos casos más que en otros, integrantes de comunidades se incorporaron en algunas de las iniciativas descritas acá. Pero, sin duda, la integración de colectivos más amplios no se debe considerar una prioridad de segundo orden.

VII. Bibliografía

Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Orlando, Harcourt Brace, 1958.

Bajtín, Mijail, *The Dialogic Imagination: Four Essays by M.M. Bakthin* Michael Holquist [ed.] y trad. Caryl Emerson and Michael Holquist, Austin, University of Texas Press, 1995.

Basok, Tanya, "Counter Hegemonic Human Rights Discourses and Migrant Rights Activism in the US and Canada", en *International Journal of Comparative Sociology*, vol. 50, núm. 2, 2009, pp. 183-205.

Benhabib, Seyla, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Bhattcharrya, Gargi, *Dangerous Brown Men. Exploiting Sex, Violence and Feminism in the War of Terror*, Londres, Zed Books, 2008.

_____, John Gabriel y Stephen Small, *Race and Power. Global Racism in the Twenty-First Century*, Londres, Routledge, 2002.

Bourdieu, Pierre y Loic Wacquant, *An Invitation to Reflexive Sociology*, Chicago, University of Chicago Press, 1992.

Brenes, Mónica *et al.*, *Ciudadanías en práctica. El ejercicio de los derechos de personas migrantes en Costa Rica en la Sala Constitucional*, San José, Conamaj, 2010.

Burawoy, Michael, "For Public Sociology", en *American Sociological Review*, vol. 70, 2005, pp. 4-28.

_____, "The Field of Sociology: Its Power and Its Promise" in Clawson, Dan *et al. Public Sociology. Fifteen Eminent Sociologists Debate Politcs & the Profession in the Twenty Century*, Berkeley, University of California Press, 2007.

Chavez, Leo, *Covering Immigration: Popular Images and the Politics of the Nation*, Berkeley, University of California Press, 2001.

_____, *The Latino Threat. Constructing Immigrants, Citizens, and the Nation*, Berkeley, University of California Press, 2008.

Clarke, Simon, *Social Theory, Psychoanalysis and Racism*, Londres, Palgrave, 2003.

Fanon, Frantz, *Black Skin, White Masks*, Londres, Pluto, 1986.

Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Cambridge, Polity Press, 2008.

Genova, Nicholas de, "Migrant 'Illegality" and Deportability in Everyday Life", en *Anun Review of Anthropology*, 2002, pp. 1419-47.

Goodale, Marc, "Locating Rights. Envisioning Law Between the Global and the Local" en Marc Goodale y Merry Sally Engle [eds.], *The Practice of Human Rights. Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Green, Michael, 'Working Practices' en J. McGuigan [ed.], *Cultural Methodologies*, Londres, Sage, 1997.

Hage, Ghassan, *White Fantasies*, Sidney, Pluto Press, 1998.

Hall, Stuart, "The Great Moving Right Show", en *Marxism Today*, enero de 1979.

_____, "The Whites in their Eyes. Racist Ideologies and the Media", en M. Alvarado y J. Thompson [eds.], *The Media Reader*, Londres, British Film Institute, 1990.

Hays, Sharon, "Stalled at the Altar? Conflict, Hierarchy and Compartmentalization in Burawoy's Public Sociology", en Clawson, Dan *et al.*, *Public Sociology. Fifteen Eminent Sociologists Debate Politcs & the Profession in the Twenty Century*, Berkeley, University of California Press, 2007.

Hill Collins, Patricia, "Doing the Sociology That Had no Name", en Clawson, Dan *et al. Public Sociology. Fifteen Eminent Sociologists Debate Politcs & the Profession in the Twenty Century*, Berkeley, University of California Press, 2007.

Hobsbawn, Eric, "The Death of Neoliberalism", en *Marxism Today*, noviembre-diciembre de 1999.

Hondagneu-Sotelo, Pierrette, *God's Heart has no Borders. How Religious Activists are Working for Immigrant Rights*, Berkeley, University of California Press, 2008.

Jelin, Elizabeth, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

_____, "Migraciones y derechos: instituciones y prácticas sociales en la construcción de la igualdad y la diferencia", en A. Grimson y E. Jelin [comps.], *Migraciones hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*, Buenos Aires, Prometeo, 2005.

Johnson, Richard *et al.*, *The Practice of Cultural Studies*, Londres, Sage, 2004.

Lentin, Alana, *Racism & Anti-Racism in Europe*, Londres, Pluto, 2004.

Lipsitz, George, *The Possessive Investment in Whiteness. How White People Profit from Identity Politics*, Filadelfia, Temple University Press, 1990.

Lister, Ruth, *Citizenship. Feminist Perspectives*, Nueva York, New York University Press, 1997.

Nakano Glenn, Evelyn, "Whose Public Sociology? The Subaltern Speaks, but Who Is Listening?", en Clawson, Dan *et al.*, *Public Sociology. Fifteen Eminent Sociologists Debate Politcs & the Profession in the Twenty Century*, Berkeley, Universtiy of California Press, 2007.

Rustin, Michael, *Reason and Unreason. Psychoanalysis, Science and Politics*, Londres/Nueva York, Continuum Books, 2001.

Rutherford, Jonathan, *After Identity*, Londres, Lawrence and Whishart, 2007.

Sandoval, Carlos *et al.*, *Nuestras vidas en La Carpio. Aportes para una historia popular*, San José, EUCR, 2007.

_____, "Zonas de contacto entre las ciencias sociales", en Elizabeth Cook [ed.], *Género y Religión, Sospechas y aportes para la reflexión*, San José, Universidad Bíblica Latinoamericana, 2009.

_____, "Costa Rica: el triunfo de Chinchilla sella veinte años de derechización", en *Envío*, Nicaragua, UCA, vol. 29, núm. 344, 2010, pp. 32-39.

_____ *et al.*, *Un país fragmentado. La Carpio: cultura, comunidad y política*, 2010.

_____ *et al.*, "Mujeres, migración y derechos", San José, Instituto de Investigaciones Sociales, Informe de Investigación, 2011.

Scott, Joan, "Experience", en J. Butler y J. W. Scott, *Feminist theorize the Political*, Londres, Routledge, 1992.

Sousa Santos, Boaventura de, *Epistemologías desde el Sur*, Buenos Aires, Clacso, 2009.

_____, "Prólogo" en Patricio Pazmiño Freire, *Del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, Flacso, 2010.

Totton, Nick, "Conflict, Competition and Aggression", en N. Totton [ed.], *The Politics of Psycotheraphy*, Berkshire, Open University Press, 2005.

Williams, Raymond, *Marxism and Literature*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
Wright Mills, Charles, *La imaginación sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

10. Human Trafficking in the Caribbean and the Human Rights of Migrants

Elizabeth Thomas-Hope

I. Introduction

Within the overall global context of current migration trends, the Caribbean demonstrates the particular ways in which globalization and international capital impacts upon human migration. International capital has always played an important role in the movement of Caribbean people.

With a high propensity for movement away from the sugar plantation systems of the islands after Emancipation during the nineteenth century, and with opportunities for migration in the sugar and industrial activities in the wider Caribbean based on North American and European capital investments, significant movements took place to those locations as well as to the metropolises themselves. People moved readily, even though they often engaged in work similar to that in which they had been engaged prior to migrating. Caribbean populations became and remained highly mobile and, by the middle of the twentieth century, a culture had evolved in which migration had become the acknowledged means not only of expanding the opportunities of limited island environments, but also the means relied upon to circumvent virtually any negative circumstance that existed in the home country.

Such a strong culture of migration developed in the Caribbean that the propensity for movement continued throughout the twentieth century and down to the present times. People have been prepared to move whenever and wherever opportunities have arisen. Within this general context, and especially in those Caribbean countries which continue to experience high levels of poverty, many sectors of the population have remained available or ready to seek out migration opportunities, whether these occur within or outside the legal immigration framework. This renders them highly vulnerable to the risk of being misled by false information regarding the means of migrating, as well as the nature and conditions of work abroad.

II. Caribbean Issues with Regard to the Rights of Migrants and Trafficking in Persons

The groups of migrants currently causing concern in the Caribbean within the context of trafficking and human rights are:

- Irregular Migrants, including those women and girls who are the subjects of trafficking to destinations as commercial sex workers.
- 'Deportees', including regular and irregular migrants involuntarily repatriated to the Caribbean (termed) following a conviction of criminal or civil offense.

III. Irregular Migrants

Wherever irregular movements occur, the migrants are at risk of abuse from various agents. These include the official agents of the state and employers at the destinations, as well as the many migra-

tion operators and traffickers that are active at every stage of the migration process.

The current sources of irregular migration are chiefly the countries with persistently low economic levels and large disparities in the distribution of wealth. In addition, proximity to the United States makes Caribbean countries strategic transit points both for the international narcotics trade and also for irregular migrants en route to the United States from locations within and outside of the region.

Irregular flows include:

- Those movements that take place illegally across borders, including asylum seekers who are not deemed to be 'genuine refugees'.[1]
- Those who enter legally but over-extend their stay beyond the limits of their visas.
- Persons whose residency or citizenship status is altered through changes in the laws and regulations governing the criteria for legal status.

Irregular migration with regard to the Caribbean includes a number of different types of movement. One is the illegal entry into the Caribbean of persons from other regions. Such immigrants are chiefly from China, entering Caribbean countries with the intention of moving on to the United States. A second type of irregular migrant leaves from Caribbean countries direct to destinations outside of the region, mainly the United States, Canada and countries in Europe. Finally, a third type of irregular migrant originates in the Caribbean and moves to other locations within the region itself. Thus irregular migrations affecting the Caribbean

[1] Castles and Miller, 1998, p. 289.

are both immigrant and emigrant, and both intra- and extra-regional in terms of sources and destinations.[2]

Currently, the main issue relating to irregular migration in the Caribbean, chiefly on account of the great volume of flow, are those migrants attempting to enter the U.S. or another Caribbean country as a transit point, by boat. The boats are undocumented and in many cases operated by smuggling rings. Large boats are usually used if travel direct to the U.S. is intended, but to reduce the risk of being observed and intercepted by the U.S. Coastguard, small boats are used for the final leg of the journey — usually from one of the islands of the Bahamian or Turks and Caicos archipelagos. Much smaller numbers of Haitians and Cubans travel by sea to Jamaica or Cayman and attempt to move on later to the U.S. Likewise, in the southern Caribbean, there are movements chiefly from Guyana, of persons who transit through Trinidad and Tobago intending to move on to the United States.

The volume of the movements of irregular migrants is not known but indication is given by the large numbers interdicted at sea or apprehended after landing. The data demonstrate the dominance of Haitians in the overall numbers of irregular migrants from 1982 to 1994. Thereafter, there was a dramatic increase in persons interdicted from the Dominican Republic and they greatly exceeded those of the Haitians from 1990 to 1997 (Table 1).

Between 1991 and 1994 the numbers of Cubans interdicted were also much higher than were previously recorded. The Ministry of Foreign Affairs of the Bahamas and the authorities in the Turks and Caicos Islands also record the numbers of irregular migrants apprehended by their security forces. The former reported that 4 879 Haitians were apprehended in 2000, this increased to

[2] Elizabeth Thomas-Hope, "Irregular Migration and Asylum Seekers in the Caribbean", *Paper for the UNU/WIDER Conference on Poverty, International Migration and Asylum*, Helsinki, 27-28, September, 2002.

6 253 in 2001, while for the first eight months of this current year, 4 077 Haitians have been detained.[3]

Currently, the main issue relating to irregular migration in the Caribbean, chiefly on account of the great volume of flow, are those migrants attempting to enter the US or another Caribbean country as a transit point, by boat. The boats are undocumented and in many cases operated by smuggling rings. Large boats are usually used if travel direct to the US is intended, but to reduce the risk of being observed and intercepted by the US Coastguard, small boats are used for the final leg of the journey — usually from one of the islands of the Bahamian or Turks and Caicos archipelagos. Much smaller numbers of Haitians and Cubans travel by sea to Jamaica or Cayman and attempt to move on later to the U.S. Likewise, in the southern Caribbean, there are movements chiefly from Guyana, of persons who transit through Trinidad and Tobago intending to move on to the United States.

On the basis that Haitians do not meet the criteria for being considered refugees, in 1992 President Bush issued Executive Order 12 807 directing the Coast Guard to enforce the suspension of the entry of undocumented migrants by interdicting them at sea, and returning them to their country of origin or departure. (Alien Migration Interdiction, updated January 2002). In 1993, Operation Able Manner was launched. The approach was to concentrate Coastguard patrols in the Windward Passage (between Haiti and Cuba) in order to interdict Haitian migrants. This continued until there was a new government in Haiti in 1994. In that year, the Coastguard was involved in a massive operation responding to the movements first from Haiti and then Cuba. Over 63 000 migrants were interdicted. At its height, the Operation involved 17 US Coastguard vessels patrolling the coast of Haiti while Op-

[3] Bahamian Ministry of Foreign Affairs, unpublished data, 2002.

Table 1. Migrants Interdicted at Sea Calendar Year 1982-1991

Countries	*1982*	*1983*	*1984*	*1985*	*1986*	*1987*	*1988*	*1989*	*1990*	*1991*
Haiti	193	762	2 942	2 411	3 388	3 541	4 614	3 737	1 124	10 087
Dominican Republic	0	76	146	123	166	71	400	701	1 246	1 455
Cuba	0	47	23	37	27	44	63	368	430	1 936
People's Republic of China	0	0	0	12	11	0	0	5	0	138
Mexico	0	2	0	1	1	11	30	1	0	0
Ecuador	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Other	5	37	177	74	38	13	5	95	58	174
Total	198	924	3 288	2 658	3 631	3 680	5 112	4 907	2 858	13 790

Migrants Interdicted at Sea Calendar Year 1992-2002

Countries	*1992*	*1993*	*1994*	*1995*	*1996*	*1997*	*1998*	*1999*	*2000*	*2001*	*2002*
Haiti	31 438	2 404	25 069	2 336	733	774	1 437	480	1 394	1 956	628
Dominican Republic	436	600	810	4 047	5 430	1 143	831	531	781	279	53
Cuba	2 336	3 687	37 191	617	391	394	1 118	1 463	928	777	419
People's Republic of China	181	2 511	353	447	189	112	212	1 351	2	64	69
Mexico	0	0	0	0	0	0	57	166	37	7	32
Ecuador	0	0	0	2	0	0	0	513	1 029	1 020	1 377
Other	48	58	3	51	37	28	42	19	46	33	43
Total	34 439	9 260	6 3426	7 500	6 780	2 451	3 697	4 523	4 217	4 136	2 621

eration Able Vigil involved 38 Coastguard vessels patrolling the Straits of Florida.

The US response to the refugee crisis in the region has been the most visible, but the rest of the Caribbean has responded in a similarly negative way within their various capabilities. The US Coastguard assists by interdicting migrants in the territorial waters of Caribbean sovereign states (as agreed under the terms of the Ship Rider Agreement).[4] In particular, the Bahamas and the Turks and Caicos Islands, which are the principal Caribbean destinations of Haitian irregular migrants, offer no asylum. The authorities of these countries, the former an independent state, the latter, a Dependent Territory of the United Kingdom, interdict those that they can at sea, round-up in police raids those that they can on land, detain and later repatriate them.

IV. The Status of Irregular Migrants and the Next Generation

The status of migrants is largely determined by the mode of entry and policies relating to asylum, residency and citizenship. As a consequence of changes in laws and regulations governing citizenship and rights to work and residence, the status of persons can suddenly change without the individual departing or entering the country. Usually persons obtain citizenship in the country in which they were born, but this varies from one country to another based on the regulations governing the rights of either a father or mother

[4] Ship Rider Agreement was a series of bilateral treaties signed in 1996-97 between the US and various Caribbean governments (including Jamaica, Trinidad and Tobago, Barbados, British Virgin Islands), which permitted the US to stop and search ships in the territorial waters of those Caribbean states in order to fight drug trafficking.

to transfer citizenship to their children. The problem of stateless children has arisen in recent years in some Caribbean territories.

Irregular migrants may regularise their residency in a country in various ways including: application for and receiving asylum; being granted a work permit; and obtaining rights to apply for citizenship through marriage with a national.

These regulations can be changed at any time by the host government. Work permits and their annual renewal can cost quite significant amounts of money in relation to the low level jobs that irregular migrants have. Furthermore, there is no transparency in the process so that work permits can be denied on any grounds without recourse to impartial investigation. Citizenship status likewise, once applied for can be denied or finally granted after a protracted period of several years.

V. Human Rights of the Migrants

The irregular migrants find themselves in situations in which they become victims of both physical and emotional abuse. In all respects the migrants are highly vulnerable to the risk of official sanction (deportation or detention) as well as the risk of extortion and violence at the hands of the smugglers and other agents of the movement with whom they enter into negotiations. Opportunists prey upon the vulnerable migrants, transporting them in ill-equipped vessels, and to locations that are neither safe havens nor necessarily even the countries that the migrants believe them to be. Besides, the circumstance of Haitians has not permitted them to be considered eligible for refugee status.

The illegality of the migrants' presence at a destination inevitably contributes to poor or non-access to services, in particular medical services. Illegal migrants 'live rough' under conditions without proper sanitation or clean water and adequate food. The

conditions under which illegal migrants must live lead to increased health risks among the group especially with regard to infectious and sexually transmitted diseases. Furthermore, the knowledge that an immigrant seeking a work permit would be deported if found to be infected with HIV, tuberculosis or any other disease, serves to drive such persons 'underground'. They therefore remain untreated and likely to pose an even greater health risk in the society than if the matter were to be dealt with openly. The living conditions of the irregular migrants at their destination usually results in their becoming the victims of negative societal images and this contributes to the further development of the downward spiral of events.

As discussed by Marmora,[5] the xenophobic image with respect to foreigners is no new phenomenon. The underlying fears sometimes lead to latent covert prejudice. Such feelings are based on cultural, religious or ethnic differences within a society and only become evident in behaviour under conditions of stress for example as occurs with competition or perceived competition for jobs or services or the view of their not being welcomed as part of the society. The negative manifestations of this become part of the normal behaviour of one sector of the society towards another and is generally tolerated by all sectors. It may be based on negative feelings towards the 'outsider' and exacerbates latent racist feelings. Xenophobic images of migrant groups can easily become institutionalized in the host society's effort to 'manage' the migrants and establish policies to control their numbers and their privileges. Of all the countries in the Caribbean, Haiti is the most impoverished economically, politically and environmentally, and the irony is that because of this, it is also the country with the fewest opportunities for legal or formal migration.

[5] Lelio Marmora, *International Migration Policies and Programmes*, Geneva, International Organization for Migration, 1999.

VI. Commercial Sex Workers

Internationally organized commercial sex operators are responsible for the trafficking in young persons, especially women and girls to tourism destinations within the region, as well as to the major cities of Europe and North America.

At the present time, trafficking in persons in the Caribbean is chiefly from the Dominican Republic to the major tourist centres of the region, especially the former Netherlands Antilles-Aruba, San Martin, Curacao.[6] A study conducted by the OAS and reported by Gladyori Rodriguez in the Nacional (Dominican Republic) indicated that Dominican women are also trafficked in significant numbers to Costa Rica and Panama then on to various other destinations, especially in Western Europe. It is estimated that there are currently over one thousand Dominicans in Spain and 3 675 in Switzerland, as commercial sex workers. In addition, in a number of countries of Central America and the Caribbean women are lured with false promises of employment and are then sold by the trafficking gangs.

While efforts are made to break into the current syndicates, it is important that Caribbean countries not yet involved as sources of international prostitution should be vigilant, since all the countries, especially those with ongoing high propensities for emigration, widespread poverty and reduced opportunities for employment, are at risk of becoming targeted in the future.

[6] Kamala Kempadoo [ed.], *Sun, Sex and Gold: Tourism and Sex Work in the Caribbean*, New York, Rowman and Littlefield, 1999.

VII. Trafficking in Caribbean Women Deportees

Between 1994 and 1998, a reported 22 397 persons were deported to the Caribbean from the United States, Canada and the United Kingdom (unpublished data). Of this number, 16 135 (72%) were deported for criminal activities while 6 262 (28%) were deported for non-criminal activities.

With respect to deportees from the U.S., nationals of the Dominican Republic accounted for 45% of the total number repatriated to the Caribbean over the five-year period, 199 498. Jamaicans accounted for 30%, Haitians for 8%, Trinidadians for 4.3% and Guyana and the remaining countries for 12.5% (unpublished data).

There was evidence of a significant increase in the number of deportees from 3 194 in 1994 to 5 822 in 1997. Furthermore, they accounted for a substantial proportion of the total number of persons entering the region. In the case of Jamaica over the period 199 698, the number of deportees was 5 625, as compared with 8 329 foreign immigrants issued with work permits and 6 235 voluntary returning residents (Bank of Jamaica, unpublished data). It is known that a number of the deportees had left their country of birth many years before their repatriation and in many cases, as young children. Having resided in the migration country for most of their lives, their forced return takes place without close relatives or other community framework to which they can return and be re-absorbed. Although the available data do not permit any detailed assessment of the nature of the problems surrounding deportations in such cases, it is known that the absence of any rehabilitation procedures have led to deprivation of basic needs as well as significant psychological disturbance.

VIII. The Wider Issues

As in many other parts of the world, irregular migration is increasing in the Caribbean. 'Migrant' communities have already been established at the destinations of earlier movements and these provide the means for re-unification of families and the support needed to survive on arrival in the destination country. This creates an important aspect of the dynamic that perpetuates the migration process — regular and irregular. Under these circumstances, and while the legal channels for entry into the potential immigration countries (especially those in North America and Europe) remain selective on grounds of nationality, education and occupational status, then there is likely to be a continuing flow of migrants attempting to circumvent the restrictions of the formal channels by resort to informal ones.

The means for migrating outside of the official system vary but unfortunately, many migrants, whether inadvertently or knowingly, become caught up in the web of trafficking and smuggling rings that operate within the region. This brings irregular migration into a complex system of illegal activity with implications extending beyond the specific issue of migration.

In addition to persons with criminal records, who are automatically excluded from entry, those populations whose countries are stigmatised or regarded as low priority sources of entrants to North America, Europe or even other neighbouring Caribbean countries, generally fall below the requirements of selection for formal entry and landed immigrant status. The countries in the categories with the lowest priority for immigration of nationals are invariably the poorest and within those countries the poorest and least educated persons are in the lowest priority groups. It is precisely from these countries that the motivation to emigrate is greatest. The stigma of which they are victims is based on a number of images generally associated with race and/or poverty. The

negative image is also conditioned by the very occurrence of irregular movement itself. Thus, where people cross national borders outside the control of the authorities, and outside the formal socio-economic system or in excess of the environmental carrying capacity, then increased resistance on the part of the receiving countries develops in response.

Figures for Gross Domestic Product (GDP) for a selection of Caribbean countries demonstrate the large discrepancy in GDP between countries. The Bahamas, Turks and Caicos Islands, the US Virgin Islands and Barbados are the countries receiving the greatest volumes of both regular and irregular migrants. The main sources of both regular and irregular migrants are Haiti, the Dominican Republic, Jamaica and Guyana. Whereas in 1998 the GDP per capita for the Bahamas was US$14 614, in the Dominican Republic the figure was $4 597, in Jamaica and Guyana below $4 000 and in Haiti below $2 000 (Table 2). The discrepancy in GDP rates had increased progressively over the preceding twenty-five years between some Caribbean countries, for example, the Bahamas and others, such as Haiti, the Dominican Republic and Jamaica. Thus, the contrast between the economic levels of the major countries of emigration (regular and irregular) and immigration within the Caribbean is very great.

Other indicators of the disparities between countries in their material living standards are the measures of Human Poverty (Table 3). Haiti is the worse off by far with a Poverty Index in excess of 46 and ranking 71st in the global rank order. Even in Caribbean terms this is alarming since the next highest Poverty Index is recorded for the Dominican Republic at a value of 20% and a rank position of 20 in the worldwide rank order.

Access to basic human goods such as safe water, health services and sanitation reflect the poor situation of the Dominican Republic and Jamaica. The situation is similar for Guyana and some of the Eastern Caribbean countries such as Grenada, St. Vincent and

Table 2. GDP (per capita) Selected Countries

Year	*Bahamas*	*Guyana*	*Jamaica*	*Haiti*	*Dominican Republic*
1975	3 822.88	1 473.96	1 641.35	776.77	1 244.85
1980	8 735.99	1 951.29	1 880.00	1 339.76	1 990.20
1985	10 937.83	1 819.56	2 051.76	1 388.86	2 386.42
1990	14 225.94	2 036.97	3 166.71	1 603.40	3 122.04
1995	14 638.68	3 163.01	3 619.18	1 409.78	3 997.77
1998	14 614.10	3 402.94	3 388.88	1 383.25	4 597.50

Source: World Bank, 2000.

Table 3. Select Indicators of Poverty

Country	*Human Poverty Index*		*Adult Illiteracy rate*	*Population without access*			*Population below poverty line (%)*	
Rank	*Value (%)*	*% age 15 and above*		*To Safe Water (%) 1990-1998b*	*To Health Services (%) 1981-1993b*	*To Sanitation (%) 1990-1998b*	*$ 1 a day (1993 PPP US$)*	*1987-1997b*
Barbados	–	–	–	0	0	0	–	–
Bahamas	–	–	4.5	6	0	18	–	–
Cuba	3	4.6	3.4	7	0	34	–	–
Jamaica	16	13.4	14	14	–	11	3.2	34.2
Dominican Republic	20	20	17.2	21	–	15	3.2	20.6
Haiti	71	45.2	26.5	63	55	75	–	65

Source: UNDP Human Development Report 2000.

Dominica. Above all, these figures seem to confirm the particular plight of Haiti. The demographic trends produce an average annual population growth of 1.6% (the highest on the region) and a young population (only 3.6% of the population was 65 and over in 1998) who will continue to reinforce the size of the potential and actual streams of irregular emigrants from that country for many years to come. In addition, there is the current rampant nature of recruitment into international prostitution from the Dominican Republic that has to be addressed. Also of concern with regard to future movements is the vulnerability of Jamaica and Guyana.

IX. Conclusion

In general the large volume of irregular migration and human trafficking that currently occurs in the Caribbean reflects the high propensity for movement, especially to North America and Western Europe. As a consequence, there is a high level of susceptibility to believing the false promises of employment and safe passage presented by the various agents operating informally and illegally in the human trafficking operations. Widespread poverty and the poor prospects for sustained economic growth of some Caribbean states, continue to exacerbate the reliance that is placed on migration as an alternative livelihood strategy for those who go and a source of income from remittances for those who remain behind.

While it is true that there is a large supply of potential migrants in many Caribbean countries, it is also true that the trafficking would not occur without a demand for their services. Part of the dynamic and the irony of irregular migration is the need for cheap, unskilled labour in countries experiencing periods of economic growth. Despite the claims of governments to be committed to stopping these movements, many of the factors that influence movement are to be found in the very relations and nego-

tiations that take place between various sectors in the countries of both immigration and emigration. In addition, the demand for sex workers, especially in the Caribbean tourist industry as well as in the major cities of Europe, provides the basis for the profitability of the activities of criminal syndicates and traffickers of all kinds.

The factors that combine to support the current practices of human trafficking in the Caribbean and the inevitable vulnerability to abuse of the migrants' human rights, are:

a) those relating to the systemic issues of poverty in the región.
b) the demand for irregular migrants at the destinations and the formal and informal negotiations that mobilize the work force.
c) the agents and syndicates that capitalize on the vulnerability of certain population sectors.

It is important that policies developed to improve the management of irregular migration generally and trafficking in particular, should be directed at all of these major contributing factors. Without a holistic approach, it is unlikely that any sustained impact can be made.

X. References

Castles, Stephen, Mark J. Miller, *The Age of Migration: International Movements in the Modern World*, London, Macmillan, 1998.

Rodriguez, Gladyori A., Nacional, 31 October, 2002.

Kempadoo, Kamala [ed.], *Sun, Sex and Gold: Tourism and Sex Work in the Caribbean*, New York, Rowman and Littlefield, 1999.

Marmora, Lelio, *International Migration Policies and Programmes*, Geneva, International Organization for Migration, 1999.

Thomas-Hope, Elizabeth, "Irregular Migration and Asylum Seekers in the Caribbean", *Paper for the UNU/WIDER Conference on Poverty, International Migration and Asylum*, Helsinki, 27-28 September, 2002.

United Nations Development Programme (UNDP), *Human Development Report 2000*, New York and Oxford, Oxford University Press, 2000.

III. Niñas, niños y adolescentes

11. El principio de no discriminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Una mirada desde la noción del niño como sujeto de derechos*

Lisy Alina Jorge Méndez

I. Ideas introductorias

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño supuso importantes cambios de paradigma, al dejar de considerar a las personas menores de edad como seres únicamente merecedores de protección jurídica y de tutela por parte de los adultos y de los poderes públicos, para pasar a ser considerados como verdaderos ciudadanos y como sujetos de derecho. La Convención asume la niñez como merecedora de respeto, dignidad, voz y ciudadanía, lo que implica un reordenamiento de las relaciones de niñas, niños y adolescentes con las instituciones, la familia y la comunidad.

Este tratado internacional dio nacimiento a un nuevo modelo de protección de los derechos de infantes y adolescentes, el para-

* Ponencia presentada en *"Ciencia y Sociedad". Simposio Internacional de Investigadores en Ciencias Sociales*, Conacyt/Universidad Americana, Asunción, Paraguay, mayo de 2018.

digma de la protección integral, modelo que desterraba la vieja doctrina de la situación irregular. De ahí que se pase de un paradigma restringido a uno más abarcador, en el primero, se limitaba la protección para sólo un grupo de infantes vulnerables, aquellos acosados por la pobreza, por el desamparo, la falta de acceso a los estudios o quebrantadores de las normas penales. Hoy la protección se extiende a todos los seres humanos de 0 a 18 años, a los cuales deben ser garantizados cada uno de los derechos reconocidos en este instrumento internacional. Ello ha implicado que la igualdad y la no discriminación se erijan como principios fundamentales en todas las consideraciones jurídicas que se desprenden del nuevo marco, y que deban ser una consideración central en todas las políticas públicas y en el posicionamiento hacia la infancia y la adolescencia.

El presente ensayo está dividido en tres partes. En la primera de ellas se aborda el papel y alcance que posee el principio de no discriminación a la luz de lo regulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; en la segunda se hace un análisis de la relación existente entre el principio de no discriminación y la noción del niño como sujeto de derechos en tanto elemento medular del paradigma de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y en la tercera se resumen los principales escenarios generadores de discriminación para la infancia y la adolescencia y algunas respuestas necesarias en estos ámbitos. Finalmente, se sintetizan las principales conclusiones a las que arribamos después de tratar la temática.

II. Los principios de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana

Se considera discriminación cualquier acción y efecto destinado a separar o distinguir unas cosas de otras cuando éstas no requie-

ren de distinción, y en el caso de la persona humana, toda acción directa de diferenciación, omisión, o los efectos de éstos, que supongan una limitación al ejercicio de derechos que se tienen o a la participación. De ahí que el principio de no discriminación tenga como objetivo o finalidad garantizar la igualdad de trato entre los individuos.

Es precisamente la dignidad humana el valor sobre el que se erigen los principios de igualdad y no discriminación, ya que se trata de un valor interno e insustituible que le corresponde al ser humano en razón de ser tal. Al decir de Pérez Hernández *et al.*

> la dignidad tiene profunda significación positiva por lo que representa para el desarrollo individual y social, notemos que constituye un valor relacional que implica la realización plena de la persona como sujeto y es consustancial en la prevención, protección y promoción de los derechos humanos. La dignidad se objetiva, por un lado, a partir de que su esencia satisface la necesidad del ser en cuanto ser libre; por otro, en función de la determinación social de la propia dignidad, o sea, la sociedad —sobre la base de consideraciones objetivas atribuye a la dignidad una significación positiva para la articulación social y en la construcción del yo.[1]

Del respecto a la dignidad humana derivan otros valores como la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad. La igualdad jurídica debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio de manera injustificada, pues el valor superior que persigue este principio consiste en evitar la existencia de normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho produzcan, por su aplicación, la ruptura

[1] Lissette Pérez Hernández *et al.*, "Contenido sociojurídico y político de la condición de ciudadano", en *Educación cívica y juventud en Cuba. Análisis desde el derecho*, Lissette Pérez Hernández [coord.], libro en proceso actual de edición.

de esa igualdad, al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Como apuntan Prieto Valdés *et al.*:

> La no discriminación como expresión de la realización de la igualdad requiere, además del reconocimiento de la igualdad jurídica, de políticas de inclusión o incorporación, mediante el empleo de fórmulas genéricas, consensuadas, logradas a través de la participación popular directa en la promoción, discusión y aprobación de decisiones políticas o normativas jurídicas; necesita de la aceptación de las diferencias, y del derecho a ser diferente, [y] reclama una educación consecuente con tales valores y principios.[2]

El tema de la igualdad no puede tratarse sólo desde el punto de vista formal, sino que exige además un enfoque sociológico, respecto a las posibilidades de realización de los derechos y facultades y a la existencia de un conjunto de condiciones objetivas, provenientes del medio, que aseguren dicho ejercicio, y que permitan la defensa de los mismos en caso de amenaza o violación.

Asociado especialmente a niños, niñas y adolescentes, el principio de no discriminación adquiere una relevancia particular, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, tal fragilidad está dada por la edad, su carencia de madurez, ausencia de voz y posibilidades limitadas de defender con fuerza sus propios intereses; de ahí que requiera de los operadores jurídicos una lectura y aplicación más aguda, responsable, comprometida y que disminuya los obstáculos que pueden y de

[2] Marta Prieto Valdés *et al.*, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del derecho y de su reconocimiento jurisprudencial", en *Papeles de Doctrina: Derecho Público y Derecho Privado*, *Gaceta Jurídica*, núm. 3, Lima, 2007, p. 14.

hecho limitan el disfrute de algunos de sus derechos. A ello hemos de añadir que algunos niños se encuentran en especiales circunstancias que los colocan en una situación de doble vulnerabilidad, dígase por ejemplo niños migrantes o indígenas, niños de la calle, niños gays, lesbianas, transexuales, bisexuales e intersex, y niños con discapacidad.

III. Papel del principio de no discriminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a no ser discriminados, según queda refrendado en la Convención Internacional con efecto vinculante. Con la intención de facilitar el curso de las explicaciones posteriores resulta oportuno reproducir literalmente el precepto objeto de nuestro análisis.

> Artículo 2.
> 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
> 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Es importante resaltar que la Convención reafirma el principio general de no discriminación y lo proyecta en dos ámbitos: la discriminación entre niños y además a la discriminación entre niños y adultos. Igualmente resulta interesante que el propio artículo no se refiera sólo a la discriminación por cualidades de los menores, sino que incluye aquella que tiene como fundamento a las características de sus padres, tutores u otros familiares.

Del anterior articulado se derivan obligaciones concretas a cargo de los Estados parte, de manera general, la de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Como apunta la Observación General núm. 5 del Comité de Derechos del Niño[3] —en adelante el Comité— esta obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, el Comité subraya en particular la necesidad de que los datos que se reúnan se desglosen para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir además que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para modificar actitudes y erradicar prejuicios.

Pueden deducirse tres dimensiones de la no discriminación de niños, niñas y adolescentes, tanto de la letra de la Convención como de su posterior interpretación y aplicación, especialmente por el Comité de los Derechos del Niño. Una dimensión lo reconoce como principio rector de la protección de los derechos de la

[3] El Comité de Derechos del Niño, a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 43 y siguientes, tiene a su cargo la recepción y análisis de informes periódicos, la elaboración de recomendaciones a cada uno de los Estados firmantes y ha iluminado la interpretación de los derechos recogidos en dicha normativa internacional mediante las Observaciones Generales que emite.

infancia y la adolescencia, otra como derecho subjetivo y la tercera como referente en la elaboración y puesta en marcha de políticas públicas asociadas a este grupo etario. Aquí hacemos una analogía con las tres dimensiones ampliamente reconocidas al interés superior del niño, ya que consideramos resultan aplicables en lo pertinente.

1. Principio rector

La no discriminación de niños, niñas y adolescentes se erige en principio de derecho, lo cual ya tiene importantes implicaciones, como apuntan Prieto Valdés *et al.*, "los principios son aquellas normas generales, abstractas y rectoras que se encuentran en la base de la cultura jurídica y en el ordenamiento positivo, o también reglas básicas deducidas de las leyes y de la jurisprudencia".[4] A ello ha de sumarse que el Comité de Derechos del Niño ha reconocido su carácter de principio rector, conjuntamente con el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el interés superior del niño y el derecho a la participación. En función de ello la no discriminación debe considerarse para interpretar, aplicar y hacer respetar todos los demás derechos de la propia convención.

Se trata de un principio rector ya que sirve de guía a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas relativas a menores de edad; guía que se convierte en pauta de actuación ante la existencia de oscuridades o lagunas normativas. Se trata de un estándar que responde a una exigencia de justicia y con un fuerte contenido ontológico en tanto coincide con un derecho humano fundamental. Desde esta visión el principio de no discriminación tendrá eficacia interpretativa, programática y de efectividad inmediata. El principio será un recurso siempre utilizable en defecto de

[4] Prieto Valdés *et al.*, *op. cit.*, p. 11.

normas formuladas, una pauta para la ponderación de derechos en conflicto e, inclusive, efectivo sustento argumentativo de una decisión.

2. Derecho subjetivo

Al principio de no discriminación puede reconocérsele además una dimensión como derecho subjetivo ya que pueden identificarse en él un haz de posibilidades de actuación para su titular, exigibles frente a otros. En tanto, situaciones de poder jurídico, los derechos subjetivos están compuestos por un grupo de facultades unitariamente agrupadas que son reconocidas por el ordenamiento jurídico a un sujeto, dejando a su arbitrio su ejercicio y defensa.[5]

Pueden identificarse en el derecho a la no discriminación la estructura tradicionalmente reconocida a los derechos subjetivos, dígase sujeto, objeto y contenido. El sujeto o titular será el niño, niña o adolescente; el objeto estará constituido por la realidad que puede ser sometida al poder de dicho titular e idóneas para satisfacer intereses suyos, en este caso la conducta o comportamiento de otros sujetos; y el contenido quedará conformado por las facultades, los deberes que las normas imponen a otras personas y los mecanismos de protección jurídica de ese derecho. De esta forma, la no discriminación o el derecho a la igualdad que subyace en el primero puede ser invocado directamente ante los tribunales y debe permitir al niño o su representante pedir la reparación adecuada ante una violación de éste y la ineficacia de cualquier acto jurídico que lo irrespete.

[5] Caridad del C. Valdés Díaz *et al.* [coords.], *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Félix Varela, 2002, p. 86.

3. Presupuesto inicial para la construcción de políticas de protección integral

La no discriminación de niños, niñas y adolescentes se convierte además en insumo y punto de partida para asumir prácticas cotidianas de quienes se desempeñan en el campo de los derechos de la infancia y para la proyección de políticas públicas en este ámbito. Ello se encuentra especialmente relacionado con el cambio de paradigma introducido por la Convención y que promueve la protección integral de los derechos.

La integralidad en la protección está dada porque este instrumento jurídico internacional combina todos los derechos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con sus características de interdependencia y complementariedad. En este escenario la no discriminación juega un papel trascendental, la protección de los derechos concierne a la totalidad de los niños, niñas y adolescentes y no sólo a un sector desfavorecido, vulnerado y/o en conflicto con la ley. Según lo explica Beloff

> El reconocimiento y promoción de los derechos de esos sujetos se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de "menores". Los derechos que la Convención garantiza tienen como destinatarios a toda la infancia y no a una parte de ella.[6]

Las políticas públicas han de erigirse sobre la no discriminación, de ahí que han de ser pensadas para todos los niños, niñas y adolescentes. Es importante resaltar que este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad

[6] Mary Ana Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 36.

de necesidades de protección, como pueden ser las asociadas a la edad o al género.

Llegar a todos requiere además intersectorialidad, entendida como una visión holística de la protección de la infancia en la que deben integrarse y articularse las diversas políticas e intervenciones institucionales asociadas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

> La implementación de estas políticas por parte de los Estados se estructura en función de la existencia de distintas áreas en términos administrativos (ministerios, secretarías, consejo federal) y territoriales (estado, provincias, municipios) que se reparten la responsabilidad sobre lo público. Es por ello que resulta crucial la posibilidad de una ajustada articulación en red de los organismos que lo componen.[7]

IV. La noción del niño como sujeto de derechos y su relación con el principio de no discriminación

El modelo paternalista o tutelar asumía a la infancia como objeto de protección, e incluso objeto de control, y partía del reconocimiento de su condición de sujetos incapaces, siendo necesario sustituir su voluntad por la de los adultos a cargo de quienes se encontraban. Se asumía a niños y niñas como un grupo etario extraño al discurso de derechos y al ejercicio de los mismos en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad.

La doctrina de la protección integral, por su parte, incorpora el reconocimiento del niño como sujeto de derechos y el desarrollo

[7] G. Cardozo y A. Michalewicz, "El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación", *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 82, noviembre de 2017, p. 8.

autónomo de sus capacidades y competencias. Igualmente comprende el derecho de participación de éstos en cualquier asunto en el que estén involucrados sus intereses, el rol de acompañamiento de los adultos de confianza y la delimitación de un nuevo, amplio y transformador contenido del principio de interés superior del menor. A ello ha de añadirse como parte de esta doctrina, la función del Estado como garante del cumplimiento y la protección de los derechos reconocidos en la Convención.

Como puede apreciarse, el pasaje de la doctrina paternalista al actual sistema de protección integral de derechos implicó dejar de ver a la infancia y la adolescencia como objetos de protección y en cambio, reconocerlos como sujetos de derechos. Desde el punto de vista semántico resulta interesante que el sentido originario de la categoría *sujeto (subjectum)* significaba sometido, sujetado, objeto de, y hoy constituye una categoría que expresa la dignidad de ser portador de, conductor de, merecedor de una consideración y reconocimiento respetuoso, opuesto a cosa y a objeto material.[8]

El proceso histórico de elaboración y positivización de los derechos de la infancia y la adolescencia[9] partió de su identificación como poseedores de necesidades, luego como titulares de derechos y finalmente hacia su consideración como sujetos de derechos. Esta última posee una relación de proporcionalidad directa con el principio de no discriminación. Una sociedad en la que los niños, niñas y adolescentes sean verdaderamente considerados sujetos de derechos, es una sociedad con una tendencia marcada hacia la no discriminación de este grupo etario, así como en la medida en que

[8] Alejandro Cussiánovich, "Participación: un principio que se concreta como un derecho", *Ensayos sobre Infancia II. Sujeto de Derechos y Protagonista*, Lima, Diskcopy SAC, 2009, p. 24.

[9] Para ampliar sobre las concepciones históricas acerca de la niñez, ver Nicolás Corvera, "Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos", *Persona y Sociedad*, vol. XXV, núm. 2, Universidad Alberto Hurtado, 2011, pp. 73-77.

se materialice este cambio de paradigma, se estará allanando el camino hacia una sociedad más justa e inclusiva para la infancia y la adolescencia.

Pero, ¿Qué implica la noción del niño como sujeto de derechos?

Desde el derecho civil ser sujeto de derechos comprende la posibilidad de ser sujeto activo y pasivo de una relación jurídica, pero en el marco de los derechos de la infancia adquiere otras connotaciones. Hemos de partir de desterrar la idea de que infantes y adolescentes son sujetos incapaces y, en cambio, respetar su peculiar condición de persona en desarrollo. De ello deriva el reconocimiento de su autonomía a través de la institución de la capacidad progresiva, "a medida que niños, niñas y adolescentes transitan por las distintas etapas del ciclo vital, evolucionan en su capacidad volitiva e intelectiva, lo cual deviene en autonomía para el ejercicio de sus derechos".[10] Por ello, considerarlos verdaderos sujetos de derechos implica reconocer la posibilidad de que éstos los ejerciten por sí mismos, así como decidir cuándo y cómo ejercitarlos, e incluso renunciar al ejercicio de algunos de ellos.

En el marco de las relaciones familiares esta noción comprende el deber de los padres u otros adultos de impartir al niño la dirección u orientación adecuadas para que el niño ejerza sus derechos. Esta dirección va variando y disminuyendo en intensidad a medida que el niño o niña adquiere madurez y es capaz de comprender las circunstancias en las que se desenvuelve. El desarrollo de niños y niñas hace que pasen paulatinamente de un escenario de mayor protección y menos autonomía, hacia un escenario de menor protección y mayor autonomía. En otras palabras, la condición de niño como sujeto de derechos se traduce en un mayor protago-

[10] Jetzabel M. Montejo Rivero, "La capacidad progresiva de adolescentes progenitores solteros para el reconocimiento de hijos y sus efectos. Especial referencia al ejercicio de la patria potestad", La Habana, 2015, p. 22. Tesis.

nismo de niños, niñas y adolescentes en la definición de sus vidas conforme a sus preferencias.

El derecho a la participación de la infancia y la adolescencia

La ratificación casi universal de la Convención no ha implicado que los estados partes hayan modificado mágicamente su visión respecto a la infancia y la adolescencia. Al decir de Krauskopf[11] aún se les considera en determinados contextos como carentes de madurez social e inexpertos, lo que implícitamente les niega el reconocimiento como sujetos sociales, prolonga la dependencia infantil y limita su participación. Señala Cusianovich que "Una piedra de toque para averiguar sobre la vigencia de la no discriminación —en el caso de los niños y niñas […]— es la vigencia y el alcance concreto del derecho y ejercicio de la participación".[12]

La participación de niños, niñas y adolescentes además de ser un elemento integrante de la noción del niño como sujeto de derechos, se traduce en una herramienta contra la discriminación. Escuchar sus opiniones y que éstas sean tenidas en cuenta implica respetar la dignidad humana de la que son merecedores, reconocer sus individualidades y preferencias y, sobre todo, generar inclusión y proactividad social. Desde la propia autopercepción infantil, el sentirse enmudecidos y poco escuchados les genera una autovaloración de inferioridad y discriminación.

Se entiende por participación infantil "el ejercicio del poder que tienen los niños y las niñas para hacer que sus opiniones sean tomadas en cuenta seriamente y para asumir en forma responsable,

[11] Dina Krauskopf, *Dimensiones críticas en la participación social de las juventudes*, Fondo de Población de Naciones Unidas en San José, Costa Rica, 1998, p. 4.

[12] Cussiánovich, *op. cit.*, p. 24.

según su grado de madurez y desarrollo, decisiones compartidas con otros en asuntos que afectan sus vidas y la de su comunidad".[13]

El derecho a ser escuchado requiere de un intercambio de información y diálogo entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en el que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos son apreciadas, valoradas y determinan el resultado de los procesos en los que ellos están involucrados. Como señala la Observación General núm. 12 del Comité de Derechos del Niño: "El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños".

El contenido de este derecho está delimitado por la posibilidad de exigir, ser escuchado y que aquello que diga sea tomado seriamente en consideración, así como la posibilidad de negarse a ser oído cuando así lo crea pertinente. Igualmente comprende el derecho a recibir información sobre el tema y a que la escucha se produzca en condiciones adecuadas. Es importante tener en cuenta no sólo deseos y opiniones formulados en forma discursiva, sino también sentimientos expresados de otras formas, concretamente en aquellos casos de niños con menores competencias lingüísticas que no pueden verbalizar; ello requerirá una especial competencia de quien escucha, para interpretar dibujos, expresiones corporales, juegos, etc. El derecho de participación implica además darle prioridad a lo que el niño entiende como su propio interés teniendo en cuenta la edad y la madurez del niño. Ello no quiere decir que las decisiones dependan exclusivamente de la opinión de los

[13] Blanca y Gina Solari Nomura, *Participación de niños, niñas y adolescentes a los 15 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Lima, Save the Children Suecia, Programa Regional para América Latina y El Caribe, 2005, p. 9.

niños, niñas o adolescentes involucrados, pero sí que ha de ser un elemento de especial importancia para tomarlas.

Paulatinamente se ha reconocido la trascendencia de que infantes y adolescentes intervengan con protagonismo en las decisiones que les afectan directamente, especialmente relacionadas con su vida privada, familiar, escolar y afectiva, no obstante, se les niega la posibilidad de participar en las decisiones que afectan al colectivo y que por tanto inciden en ellos indirectamente. Es en efecto, en el plano comunitario y social donde existen los mayores retos en materia de participación de niños, niñas y adolescentes.

Participar puede significar hacer acto de presencia, tomar decisiones, estar informado de algo, opinar, estar simplemente apuntado a algo, ser miembro de un grupo determinado o implicarse conscientemente. Desde el punto de vista teórico se han distinguido diferentes tipos de participación, desde participaciones simbólicas y aparentes hasta participaciones activas, directas, proactivas, conscientes, informadas y protagónicas. Resulta evidente que son estas últimas las que se traducen en un pleno ejercicio del derecho a ser escuchado y contribuyen a evitar escenarios de discriminación de nuestros niños, niñas y adolescentes.

V. Principales expresiones de discriminación de niños, niñas y adolescentes, la exclusión múltiple e interrelacionada

La marcada intención de la Convención sobre los derechos del niño de eliminar toda forma de discriminación contra infantes y adolescentes no ha resultado un conjuro mágico que logre tal objetivo. Son muchos los escenarios en los cuales se les segrega, se les diferencia de otros y se les discrimina, negándoles u obstaculizando el acceso a servicios esenciales o entorpeciendo el ejercicio y disfrute de sus derechos, lo que atenta contra su dignidad. A

continuación, se refieren sólo algunos de ellos, los cuales en ocasiones concurren simultáneamente en un mismo niño y le coloca en una situación de exclusión múltiple y, por tanto, de profunda vulnerabilidad. Algunos supuestos de discriminación se encuentran además interrelacionados, como expresión del carácter interdependiente de los derechos humanos en general y de los derechos de niños, niñas y adolescentes en particular.

La primera infancia puede ser objeto frecuente de discriminación, ya que se encuentran en una posición de relativa impotencia y dependen de otros para la realización de sus derechos. La discriminación puede consistir en una peor nutrición, en una atención y cuidado insuficientes, en menores oportunidades de juego, aprendizaje y educación, o en la inhibición de la libre expresión de sentimientos y opiniones. La discriminación puede también expresarse mediante un trato rudo y expectativas poco razonables, que pueden llegar a la explotación o el abuso.[14]

Igualmente haber nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales, o si sus padres son refugiados o demandantes de asilo, puede ser fuente de discriminación para niños y niñas.

En el ámbito de la educación la discriminación basada en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2 de la Convención, bien sea de forma manifiesta o disimulada, puede debilitar, e incluso destruir, la capacidad de niños, niñas y adolescentes de beneficiarse de las oportunidades de la enseñanza. La Observación General núm. 1 del Comité de Derechos del Niño resume de la manera siguiente las expresiones de discriminación en el ámbito educativo:

- la discriminación por motivo de género reforzada por un programa de estudios incompatible con los principios de la

[14] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006.

igualdad de género, por disposiciones que limiten las ventajas que pueden obtener las niñas de las oportunidades de educación ofrecidas y por un medio peligroso u hostil que desaliente la participación de las niñas.

- La discriminación de los niños, niñas o adolescentes con discapacidad.
- La discriminación de niños, niñas o adolescentes con VIH/SIDA.
- La discriminación racial y sus derivados medran donde imperan la ignorancia, los temores infundados a las diferencias raciales, étnicas, religiosas, culturales y lingüísticas o de otro tipo, la explotación de los prejuicios o la enseñanza o divulgación de valores distorsionados.

La discriminación contra las niñas es también particularmente notable en algunos países, las que pueden ser víctimas de mutilación genital, negligencia e infanticidio, de abortos selectivos, donde se les niega el acceso a la educación o se les relega a la vida doméstica y a los quehaceres del hogar. Esta discriminación está marcada por los estereotipos, prácticas y normas de comportamiento nocivas basadas en el género y que están arraigadas en las tradiciones y costumbres, la que generan diferencias en el disfrute de sus derechos. La discriminación contra niños con discapacidades reduce sus perspectivas de supervivencia y su calidad de vida. Estos niños siguen experimentando graves dificultades y tropezando con obstáculos sociales, culturales, de actitud y físicos en el pleno disfrute de los derechos consagrados en la Convención. Tienen derecho a la atención, la nutrición, el cuidado y el aliento ofrecidos a otros niños. También pueden necesitar asistencia adicional o especial a fin de garantizar su integración y la realización de sus derechos.

Considerados como unos de los grupos de niños más vulnerables, los niños con discapacidad son víctimas de discriminación

social y el estigma que conducen a su marginación y exclusión, e incluso pueden amenazar su supervivencia y desarrollo si llegan hasta la violencia física o mental contra ellos. La discriminación en la prestación de servicios los excluye de la educación y les niega el acceso a los servicios de salud y sociales de calidad. La falta de una educación y formación profesional apropiadas los discrimina negándoles oportunidades de trabajo en el futuro.[15]

La discriminación relacionada con el origen étnico, la clase/casta, las circunstancias personales y el estilo de vida, o las creencias políticas y religiosas (de los niños o de sus padres) impide a los niños participar plenamente en sociedad. Afecta a la capacidad de los padres para asumir sus responsabilidades para con sus hijos. También afecta a las oportunidades de los niños y a su autoestima, a la vez que alienta el resentimiento y el conflicto entre niños y adultos.[16]

Los niños indígenas, por su parte, en muchas ocasiones no pueden acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil.

La reciente Observación General núm. 20 del ya aludido Comité centra su mirada en la adolescencia y pone de relieve que esta etapa de la vida en sí misma puede ser motivo de discriminación. Durante este periodo, los adolescentes pueden ser tratados como personas peligrosas u hostiles, y ser encarcelados, explotados o expuestos a la violencia como consecuencia directa de su condición. Paradójicamente, se los suele tratar también como si fueran incompetentes e incapaces de tomar decisiones sobre sus vidas.

[15] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 9. Los derechos de los niños con discapacidad, 2006.

[16] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006.

El propio Comité ha interpretado que la frase "cualquier otra condición" del artículo 2 de la Convención también abarca la situación de los niños o la de sus progenitores y otros familiares en relación con la calle. En este escenario la discriminación puede ser directa o indirecta. La discriminación directa incluye enfoques políticos desproporcionados para "hacer frente a la falta de vivienda" por los que se realiza una labor represiva para impedir la mendicidad, el merodeo, el vagabundeo, etc. La discriminación directa por su parte puede incluir: la negativa de la policía a tomar en serio las denuncias de robo o actos de violencia presentadas por niños de la calle; el trato discriminatorio en los sistemas de justicia juvenil; la negativa de los trabajadores sociales, maestros o profesionales de la atención de la salud a trabajar con niños de la calle; el acoso, la humillación y la intimidación por parte de compañeros y docentes en las escuelas y la exclusión de los servicios básicos, como la salud y la educación.[17]

Los escenarios discriminatorios anteriormente analizados demuestran la existencia de grupos de infantes y adolescentes que experimentan graves obstáculos para disfrutar, ejercer y exigir de manera efectiva sus derechos. Estos supuestos requieren de un marco normativo de protección especial que incluya garantías reforzadas para ellos, y promueva el desarrollo de acciones positivas que disminuyan su situación de vulnerabilidad.

1. Acciones positivas y garantías reforzadas

Lo reflejado en el epígrafe anterior son sólo algunas de las principales expresiones de discriminación que pueden sufrir niños, niñas y adolescentes. Es importante destacar la especial situación de vul-

[17] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 21 Sobre los niños de la calle, 2017.

nerabilidad que genera el hecho de que algunas de ellas confluyan de manera simultánea sobre un infante o un adolescente, así como el papel que han de jugar los Estados, en tanto garantes de una protección efectiva de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sobre este último particular, ha sido pródigo el Comité de los Derechos del Niño, el cual a través de las observaciones finales que hace a cada Estado parte tras el examen periódico a que son sujetos con arreglo a los postulados de la Convención y las Observaciones Generales que emite, ha propuesto el camino para combatir la discriminación contra niños, niñas y adolescentes mediante acciones concretas, políticas públicas y sugerencias de buenas prácticas. Éstas pueden resumirse de la siguiente manera:

- Vigilar la disponibilidad y el acceso a servicios de calidad que contribuyan a la supervivencia y desarrollo de los niños pequeños, en particular mediante una recopilación sistemática de datos, desglosados según las principales variables que presenten los antecedentes familiares y las circunstancias del niño.
- Llevar adelante iniciativas que garanticen que todos los niños tengan igualdad de oportunidades para beneficiarse de los servicios disponibles.
- Sensibilizar acerca de la discriminación contra los niños, niñas y adolescentes en general, y contra los grupos vulnerables en particular.
- Hacer que el principio de no discriminación se refleje en toda la legislación nacional y pueda ser directamente aplicado y debidamente supervisado e impuesto por los órganos judiciales y administrativos.
- Introducir cambios en la legislación, en la administración y en la asignación de recursos, así como adoptar medidas educativas para cambiar las actitudes discriminatorias.

- Garantizar a niños, niñas y adolescentes y sus familiares acceso en el momento oportuno a recursos efectivos contra las decisiones judiciales y/o administrativas que sean expresión de discriminación.
- Identificar activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos.
- Detectar las lagunas y barreras que impiden que los niños indígenas gocen de sus derechos, a fin de aplicar las medidas positivas apropiadas mediante la legislación, la asignación de recursos, las políticas y los programas.
- Velar por que se tomen medidas educativas y de información pública para hacer frente a la discriminación de los niños indígenas.
- Desarrollar campañas de información pública y preparar material de divulgación y programas de estudios tanto para escolares como para profesionales, centrados en los derechos de los niños indígenas y en la eliminación de las actitudes y prácticas discriminatorias, en particular el racismo.
- Brindar a los niños indígenas y no indígenas oportunidades reales de entender y respetar distintas culturas, religiones e idiomas.
- Desarrollar políticas públicas que promuevan la igualdad de género y que garanticen la plena participación política de la niña y la mujer; su empoderamiento social y económico; el reconocimiento de la igualdad de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva; y la igualdad en el acceso a la información, la educación, la justicia y la seguridad, incluida la eliminación de todas las formas de violencia sexual y basada en el género.
- Realizar campañas de divulgación, sensibilización y concientización que se proyecten contra la violencia escolar especial-

mente sustentada en la orientación e identidad sexual real o percibida de los niños, niñas o adolescentes o de sus padres.

- Difundir guías de educación y capacitación del personal de las escuelas para tratar a gays, lesbianas, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI) de una forma respetuosa de su identidad de género.
- Promulgar normas jurídicas sobre identidad de género que reconozcan y faciliten el ejercicio de su derecho a la identidad civil o registral, conforme a criterios de autoidentificación.
- Conferir prioridad a la protección de los niños migrantes o hijos de migrantes por sobre las políticas migratorias; garantizarles acceso a la educación y a otros beneficios sociales y promover interpretaciones de las regulaciones legales y reglamentarias de extranjería en el sentido que sean más beneficiosas para éstos, así como aplicarlas con menos rigurosidad en relación con sus padres cuando la defensa de los derechos de los niños así lo recomiende.
- Garantizar los acomodos para el acceso al espacio físico que les permita disfrutar a los niños con capacidades especiales del derecho a la educación en igualdad de condiciones, así como preferir, como regla general, su inclusión en establecimientos educacionales generales, postergando la enseñanza especial sólo para casos que la hagan ineludible.
- Tener en cuenta a los niños con capacidades especiales en las políticas públicas de carácter general y promulgar normas jurídicas que les permitan acceder y permanecer, en condiciones de igualdad e inclusión, en el sistema educacional y gozar de su pleno derecho a la salud física y mental, incluida su salud sexual y reproductiva.
- Prever recursos eficaces en caso de violaciones de los derechos de los niños con discapacidad, y garantizar que esos recursos sean fácilmente accesibles a dichos niños y a sus padres y/o a otras personas que los tienen a su cargo.

- Organizar campañas de concienciación y de educación dirigidas al público en general y a grupos concretos de profesionales con el fin de impedir y eliminar la discriminación de hecho de los niños con discapacidad.
- Sensibilizar a los profesionales, al sector privado y al público en general sobre las experiencias y los derechos de los niños de la calle, con el fin de transformar las actitudes de manera positiva.
- Apoyar los programas creativos, artísticos, culturales y/o deportivos, encabezados por niños de la calle o que cuenten con su participación y que ayuden a hacer frente a los conceptos erróneos y a romper las barreras con los profesionales, las comunidades —incluidos otros niños— y la sociedad en general mediante un diálogo y una interacción visibles.

Como puede apreciarse resultan disímiles las obligaciones de los Estados para erradicar la discriminación contra niños, niñas y adolescentes e impone importantes retos, utilización de recursos y especialmente acciones formativas y educativas que modifiquen prácticas cotidianas y destierren prejuicios excluyentes y segregadores.

VI. Conclusiones

Vivimos en un mundo diverso donde la desigualdad está propiciada por condiciones sociales, culturales, económicas, familiares e individuales. Acercarnos cada día a una sociedad menos discriminatoria requiere que reconozcamos que en los seres humanos existe diversidad de cuerpos, deseos, emociones e identidades, lo que no hace legítimo que algunas personas puedan gozar de sus derechos y otras no, ni que sean consideradas como diferentes a la mayoría, y mucho menos que por ello sean excluidas. La discriminación que padecen niños, niñas y adolescentes se traduce en

una situación de desventaja y subordinación originada en causas diversas e implica desigualdad, falta de oportunidades, una menor calidad de vida e insuficiente participación.

El derecho a la no discriminación regulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se sustenta en el principio de igualdad y el respecto a la dignidad humana como valor fundamental. Dicha regulación posee además como elemento novedoso y relevante en materia de derechos humanos, que se proyecta más allá de la propia condición del niño, al prohibir no sólo la discriminación en razón de las condiciones inherentes a su propia persona, sino que además abarca la discriminación en razón de alguna condición de sus padres o representantes legales.

De la letra de la Convención, así como de su posterior interpretación y aplicación, especialmente por el Comité de los Derechos del Niño, pueden derivarse tres dimensiones de la no discriminación de niños, niñas y adolescentes: una dimensión que lo reconoce como principio rector de la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, otra como derecho subjetivo en tanto situación jurídica de poder, y la tercera como presupuesto para la elaboración de políticas públicas de protección integral.

El principio de no discriminación posee una relación de proporcionalidad directa con la noción del niño como sujeto de derechos en el sentido de que mientras más se avance en el reconocimiento de esa noción en un Estado concreto, más se habrá de lograr con vistas a erradicar situaciones de discriminación de niños, niñas y adolescentes. En este ámbito juega un papel trascendental el ejercicio del derecho a la participación como expresión de la noción del niño como sujeto de derechos y a la vez, herramienta efectiva contra la discriminación.

Los principales escenarios de discriminación de niños, niñas y adolescentes se encuentran asociados al género, la discapacidad, la condición de migrantes, el origen étnico, el color de la piel y la situación de pobreza. Los niños que son objeto de discriminación

son más vulnerables a la violencia, el maltrato, la explotación, las infecciones de transmisión sexual, y su vida, su supervivencia y su desarrollo se encuentran en serio peligro. Los niños pueden sufrir además discriminación múltiple e interrelacionada, lo que los coloca en una situación de especial riesgo.

La aplicación del principio de no discriminación no significa que haya que dar un trato idéntico a cada niño, niña o adolescente, ya que en muchas ocasiones resulta pertinente tomar medidas especiales en relación con niños o grupos de niños concretos, para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación. De ahí que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que persiguen es alcanzar un propósito legítimo en virtud de la Convención.

Garantizar el derecho a la no discriminación no es sólo una obligación pasiva de prohibir todas las formas de discriminación, sino que también exige a los Estados tomar medidas para garantizar la eficacia de la igualdad de oportunidades para todos los niños a fin de que disfruten de los derechos que les reconoce la Convención. Ello requiere la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad sustantiva, ya sea jurídica o de hecho.

Nadie pone en duda cuánto merece la pena dedicar esfuerzos, recursos y capacidades en función de los niños y las niñas. Generar para ellos sociedades no discriminatorias, inclusivas y respetuosas de la diversidad se convierte en un requisito indispensable para el adecuado disfrute de sus derechos. Las ideas de Eduardo Galeano dirigen entonces nuestras miradas hacia el papel que pueden jugar los derechos en este empeño, y por su claridad, las considero un valioso colofón para las valoraciones aquí ofrecidas. Dice este intelectual latinoamericano que "Los derechos humanos son cosas chiquiticas, no acaban con la pobreza, no nos sacan del subdesarrollo [...] pero quizás desencadenen la alegría de hacer y la traduzcan en actos. Y al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y

cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable".

VII. Referencias bibliográficas

Beloff, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema Interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009.

Cardozo, G. y A. Michalewicz, "El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 82, noviembre 2017.

Corvera, Nicolás, "Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos", Persona y Sociedad, vol. XXV, núm. 2, Universidad Alberto Hurtado, 2011.

Cussiánovich, Alejandro, "Participación: un principio que se concreta como un derecho", *Ensayos sobre Infancia II. Sujeto de derechos y protagonista*, Lima, Diskcopy SAC, 2009.

Krauskopf, Dina, *Dimensiones críticas en la participación social de las juventudes*, San José, Costa Rica, Fondo de Población de Naciones Unidas, 1998.

Montejo Rivero, Jetzabel M., "La capacidad progresiva de adolescentes progenitores solteros para el reconocimiento de hijos y sus efectos. Especial referencia al ejercicio de la patria potestad", La Habana, 2015. Tesis.

Nomura, Blanca y Gina Solari, *Participación de niños, niñas y adolescentes a los 15 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Lima, Save the Children Suecia, Programa Regional para América Latina y El Caribe, 2005.

Pérez Hernández, Lissette *et al.*, "Contenido sociojurídico y político de la condición de ciudadano" en *Educación cívica y juventud en*

Cuba. Análisis desde el derecho, Lissette Pérez Hernández [coord.], libro en proceso de edición.

Prieto Valdés, Marta *et al.*, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del derecho y de su reconocimiento jurisprudencial", en *Papeles de Doctrina: Derecho Público y Derecho Privado*, *Gaceta Jurídica,* núm. 3, Lima, 2007.

Valdés Díaz, Caridad del C. [coord.] *et al.*, *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Félix Varela, 2002.

Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño

Observación General núm. 1. Propósitos de la educación, 2001.

Observación General núm. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

Observación General núm. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006.

Observación General núm. 9. Los derechos de los niños con discapacidad, 2006.

Observación General núm. 12. El derecho del niño a ser escuchado, 2009.

Observación General núm. 21. Sobre los niños de la calle, 2017.

Fuentes legales

Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigencia desde 1990. Disponible en http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf, consultada el 12 de enero de 2016.

12. Migración infantil irregular salvadoreña: reflexiones desde la psicología social

Mauricio Gaborit
Carlos Iván Orellana
Rafael Orellana Sibrián

I. Introducción

El presente ensayo persigue remarcar un conjunto de reflexiones teóricas, empíricas y epistemológicas a propósito de la migración infantil irregular salvadoreña. La primera parte aborda el tema de la niñez y la migración indocumentada ubicándola dentro del contexto de la realidad demográfica salvadoreña para luego describir y dimensionar el fenómeno migratorio a partir del flujo de deportaciones. La segunda sección del trabajo es la principal y ofrece tres esferas analíticas de la migración irregular de niños y niñas desde la perspectiva de la psicología social: *a)* la necesidad de historizar el constructo y la realidad de la niñez, especialmente en el marco del fenómeno migratorio como horizonte social de muchos niños y niñas centroamericanas; *b)* el dinamismo inherente al fenómeno migratorio que se cristaliza en inesperadas relaciones y gestiones del riesgo y la protección, así como la manifestación de una experiencia migratoria —construcción de la ruta migratoria y dinámicas de expulsión— con rasgos emergentes y

cambiantes; *c)* un conjunto de procesos y manifestaciones psicosociales implicadas en la experiencia migratoria y temas centrales para el desarrollo de la niñez tales como la reunificación familiar, el estrés aculturativo y la resiliencia. Al final del texto se presentan algunas conclusiones a modo de epílogo. Se trata de algunas reflexiones teóricas impostergables con implicaciones para la investigación que se desprenden del escrutinio de la migración infantil irregular como objeto de estudio.

II. Contexto de discusión y magnitud del fenómeno de la migración infantil irregular

Casi sin excepción, cuando se presenta un escrito o un informe que tenga que ver con la población de El Salvador se concluye que se trata —todavía— de un país joven. De hecho así es: según el VI Censo de Población y V de vivienda de 2007 de la Dirección General de Estadística y Censos (Digestyc) del Ministerio de Economía de El Salvador, un tercio de la población nacional (33.9%) no sobrepasa los 15 años de edad. A su vez, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) en 2011 ratificó que 40% de la población del país lo constituían niños, niñas y adolescentes.[1] Pero la fotografía actual cambiará y se espera que en las próximas décadas se vea modificada en el marco de la llamada *transición demográfica*. Este fenómeno, común a los países centroamericanos aunque no uniforme en sus ritmos y sus manifestaciones, consiste en la expectativa de crecimiento acelerado de la población en edad productiva que superará la magnitud histórica de aquellos segmentos

[1] B. Segura, "Unicef pide mayor concienciación ciudadana sobre la niñez", 2 de octubre de 2012. Disponible en www.diariocolatino.com/es/20121002/nacionales/108232/UNICEF-pide-mayor-concienciaci%C3%B3n-ciudadana-sobre-la-ni%C3%B1ez.htm.

poblacionales inactivos o dependientes.[2] Empero, este escenario favorable para la inversión, el crecimiento económico y el empleo, pone sobre la mesa más incertidumbres que certezas para ese deseado y amplio contingente social en "edad productiva".

Según el Programa Estado de la Nación (PEN),[3] la transición demográfica constituye una oportunidad histórica que desafía a los países centroamericanos por diversos motivos: su nivel de avance o rezago en términos de desarrollo humano; debido a que su aprovechamiento pleno requiere contar con factores como la ampliación y la mejora de la cobertura educativa y sanitaria; se requiere garantizar la seguridad alimentaria, así como elevar la inversión pública o ampliar la capacidad productiva de la mano de obra calificada. Sin embargo, en la actualidad, los países centroamericanos igualmente experimentan otros fenómenos paralelos a la transición demográfica que aumentan aún más el esfuerzo titánico que se requiere para aprovechar las bondades sociales y económicas que puede ofrecer la mencionada transición. De cara a la discusión de fondo que nos ocupa: la migración infantil irregular salvadoreña cabe hacer mención específica de tres de estas circunstancias paralelas que estarían explicando y condicionando la transición demográfica.

1. El aumento de la expectativa de vida de la población y la disminución de los índices de natalidad

Si en el quinquenio de 1950 y 1955 el promedio de la esperanza de vida de los y las salvadoreñas era de 45.1 años, medio siglo después, entre 2005 y 2010, esta tendencia ha aumentado hasta

[2] Programa Estado de la Nación, *Informe estado de la región en desarrollo humano sostenible*, San José, PEN, 2011.

[3] *Ibid*.

alcanzar los 71.1 años de media de vida,[4] en este escenario llama la atención que los hombres alcancen a vivir hasta 66.5 años mientras que las mujeres superen por mucho el promedio aludido con 75.9 años. Por otro lado, según la Encuesta nacional de salud familiar (FESAL) de la Asociación Demográfica Salvadoreña,[5] la tasa global de fecundidad en mujeres con edades comprendidas entre los 15 y los 49 años disminuyó en un 60% entre los quinquenios de 1973-1978 y 2003-2008, de un promedio de 6.3 hijos por mujer se pasó a uno de 2.5 hijos por mujer. En otras palabras, en El Salvador, replicando una tendencia común al resto de Latinoamérica, mientras declina la población menor de quince años y crece la población en edad productiva (15-59 años) —el llamado "bono demográfico"—, se experimentará un aumento gradual de la población adulta mayor: Si en 1950 se estimaba que un 6.1% de la población contaba con 60 años o más, para 2005 esta proporción ya era de 9.2% y se espera que para 2050 la misma aglutine al 19.3% de la población nacional.[6]

2. La mortalidad asociada a la violencia que afecta principalmente a los jóvenes

Que la niñez salvadoreña ha estado y está bajo asedio y en peligro, no es ninguna novedad. Basta ir al cantón el Mozote, en el departamento de Morazán, para encontrar *esa* placa conmemorativa, entre otros testimonios históricos, de la magnitud de la saña con que este país trata a sus niños y a sus niñas. En esa placa aludida se nos cuenta que, en 1992, fueron encontrados en un sitio del

[4] R. Córdova *et al*., "Las tendencias demográficas de la población adulta mayor y sus implicaciones para las políticas públicas en materia de seguridad social", *Cuadernos Salvadoreños de Población*, 3, 2010. Disponible en www.fundaungo.org.sv.

[5] ADS, *Encuesta Nacional de Salud Familiar*, 2009.

[6] Córdova *et al*., "Las tendencias…", 2010.

mencionado cantón, 146 personas asesinadas de las cuales 140 de ellas no alcanzaban los 12 años de edad; y sólo en esa tristemente célebre masacre se calcula que algo más de 450 menores de edad fueron pasados por las armas. El fenómeno se multiplica si nos referimos a los niños desaparecidos durante el conflicto armado o a las niñas convertidas en instrumento y trofeo sexual de guerra. Se argumentará que remitirse al contexto de guerra es referirse a unas coordenadas analíticas donde la desproporción de la violencia explica con facilidad las muertes y los abusos cometidos en contra de los pequeños. Pero conviene recordar que, por una parte, la facilidad de la muerte que propicia un conflicto armado no sirve como justificación suficiente de los hechos que ahí se han producido y que, más importante aún, la guerra puede ser interpretada como un periodo de exacerbación de una realidad que desde siempre y de manera *sistemática* ha atentado contra la integridad y el bienestar de los niños y las niñas. En cualquier caso, en El Salvador, la violencia actual basta y por sí misma da cuenta de mucho de su historia como país.

Si el punto anterior habla del progresivo decremento de los niños y los jóvenes debido a evoluciones demográficas, el presente factor contribuye con la misma tendencia a través de su eliminación física debido a la violencia. Además la violencia afecta de manera directa al recién mencionado bono demográfico. Dicho bono se refiere al importante contingente social en edad productiva que contribuye a quitar presión a la inversión social otrora requerida por sectores dependientes (educación básica, pensiones, salud, etc.). Pero ocurre que en nuestro país buena parte de ese segmento social en edad productiva, ese que ya se encuentra o que podría sumarse a las filas de la fuerza laboral nacional, es precisamente el que casi sin excepción engrosa diariamente las estadísticas de muertes violentas, con lo que la violencia y el crimen se posicionan y confirman como factores de gran peso que atentan contra el desarrollo nacional y la integridad de la infancia y de la juventud.

Las cifras al respecto no dejan lugar para las dudas: en cuanto a la vinculación entre desarrollo y violencia, según el informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo[7] enfocado en el problema de la inseguridad ciudadana, mostró que si para 2006, la región centroamericana habría acusado un costo económico equivalente al 7.7% de su PIB (6 506 millones de dólares), El Salvador había sido el país con el mayor impacto económico al reportar pérdidas cercanas al 11% de su PIB debido al embate de la inseguridad. En términos generales, para 2008, el Estado salvadoreño estaría invirtiendo arriba de 15 de cada 100 dólares del gasto público (presupuesto nacional) en contrarrestar el crimen y la violencia. Por otro lado, la relación entre la amenaza especial que sufren los niños, las niñas y los jóvenes salvadoreños debido a la violencia y la criminalidad igualmente es alarmante. Por ejemplo, la representante del secretario general de Naciones Unidas para la violencia contra la niñez, Marta Santos Pais, durante una visita reciente, denunció que entre 2005 y 2011 habían sido asesinados más de 5 000 niños y que se calculaba que cada tres horas una niña adolescente era víctima de abuso sexual.[8] Por otro lado, el porcentaje mayoritario de los homicidios que se cometen en el país se concentran entre individuos con edades comprendidas entre los 15 y los 34 años, es decir, desde menores de edad hasta adultos jóvenes; de hecho, la cantidad de muertes violentas en la franja de edad de 15 a 19 años ha experimentado un alza evidente en el quinquenio de 2005-2011, al pasar de 578 homicidios en 2005, a 855 en 2011.[9]

[7] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano para América Central 2009-2010. Abrir espacios a la seguridad ciudadana y el desarrollo humano.* San Salvador, PNUD, 2009.

[8] ACAN-EFE, "El miedo por la violencia define la vida de los niños salvadoreños", según ONU, 17 de junio, 2013. Disponible en http://elmundo.com.sv/el-miedo-por-la-violencia-define-la-vida-de-los-ninos-salvadorenos-segun-onu.

[9] Fundación Dr. Guillermo Manuel Ungo, *Atlas de la violencia en El Salvador (2005-2011)*, San Salvador, Fundaungo, 2012.

3. La migración hacia el exterior

La migración de los y las salvadoreñas en un alto porcentaje se dirige hacia los Estados Unidos, meta histórica principal de la migración salvadoreña. Según el PNUD,[10] en las últimas dos décadas habrían salido del país, prioritariamente hacia los Estados Unidos y en búsqueda de mejores oportunidades, arriba de 60 mil personas por año. Es fácil deducir que lo anterior conlleva ya la presencia de varias generaciones de salvadoreños que se han abierto camino fuera, que juegan un papel crucial en la economía salvadoreña con el envío de remesas pero también que contribuyen a estimular transformaciones socioculturales y la salida de aún más compatriotas, generalmente la de los miembros más jóvenes de las familias que emprendieron el viaje con anterioridad (hijos e hijas, hermanos y hermanas, etc.). La pregunta que cae por su propio peso naturalmente es, ¿por qué tantos menores emprenden un viaje tan arriesgado?

Datos obtenidos de una investigación en la que participaron los autores[11] confirman que jóvenes salvadoreños potenciales migrantes se ven compelidos a abandonar el país debido a un motivo compuesto que, al menos, estaría constituido por tres elementos: la aspiración por un futuro mejor, la amenaza de las violencia y, de manera importante, por el afán de reunificación familiar, la búsqueda por reencontrarse con su familia que ya se encuentra en el país del norte; evidencia de otros países confirman igualmente

[10] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano. El Salvador 2010. De la pobreza y el consumismo al bienestar de la gente*, San Salvador, PNUD, 2010.

[11] Datos preliminares de la investigación: *Atrapados en la tela de araña: La migración irregular de niñas y niños salvadoreños hacia los Estados Unidos.* Informe presentado a la Fundación Ford, marzo de 2014.

estas tendencias.[12] En la última encuesta de juventud desarrollada en El Salvador en 2007,[13] se confirmó que al menos uno de cada cuatro jóvenes tenía intención de marcharse del país y, como confirmación del peso de las motivaciones implicadas, esto es especialmente cierto si el joven trabaja y tiene escolaridad (noveno grado y bachillerato). Es decir, se puede asumir que la constatación de la calidad de las condiciones materiales de existencia y las perspectivas que ofrece el país —en este caso el empleo y el estudio— están lejos de frenar los planes de abandonar el país. En términos generales, la migración para los niños, niñas y jóvenes de ciertos sectores sociales, al constituir la generación migrante de relevo pero también por carecer de los medios materiales para migrar legalmente, presenta características avasallantes porque se suma a los imperativos normativos de la edad, porque se desarrollan bajo la presión familiar y sociocomunitaria de salir y porque cualquier posible plan vital soñado (estudio, familia, recreo) se verá subordinado a —y quizás truncado por— la enorme empresa que supone migrar.[14]

Tomando en cuenta lo antes expuesto —el aumento de la expectativa de vida y la disminución de la mortalidad, la violencia y la migración—, es claro que la transición demográfica descansa sobre la tensión de augurar una alta productividad y un alto protagonismo de los jóvenes mientras coexisten con este esperanzado augurio distintas tendencias que están contribuyendo a la disminución, la desaparición, la aniquilación y la expulsión de los miembros más jóvenes de la sociedad. Según el PEN,[15] embarcarse en la

[12] A. Domínguez, y A. Polo, "Migrantes potenciales mexicanos: sus motivaciones y actitudes hacia la aculturación", *Psicología Iberoamericana*, vol. 14, 2, 2006, pp. 57-62.

[13] M. Santacruz, y M. Carranza, *Encuesta Nacional de Juventud. Análisis de resultados*, San Salvador, IUDOP, 2009.

[14] M. Gaborit, M. Zetino, L. Brioso y N. Portillo, *La esperanza viaja sin visa: jóvenes y migración indocumentada de El Salvador*, San Salvador, UNFPA-UCA, 2012.

[15] Programa Estado de la Nación, *Informe: estado de la región en desarrollo humano sostenible*, San José, PEN, 2011.

ventana de oportunidad que ofrece la transición demográfica exige esfuerzos nacionales profundos y sostenidos porque, en el largo plazo, si los jóvenes no llegan a contar con buenos niveles de salud y de educación, una alta productividad se vuelve una quimera. Un escenario carente de productividad y de inversión social igualmente disminuiría las probabilidades de contar con protección social, lo que conduce a considerar un panorama de incertidumbre personal y familiar. Por otro lado, si la obtención de altos niveles de productividad no se cumple, se volvería imposible sostener a los futuros jubilados o dependientes, dado que gradualmente la población en edad de trabajar irá disminuyendo. Asimismo, este juego de exigentes precondiciones necesarias y de escenarios posibles, es el que puede terminar contribuyendo con el alza de los niveles de frustración social, de exclusión y, en última instancia, podrían ser los aspectos que terminen mostrando la puerta de salida del país y que la migración se haga presente como un necesario y legítimo recurso de supervivencia.

El desafío de la transición demográfica es colosal para los países centroamericanos porque supone resarcir deudas históricas de proyectos nacionales así como deficiencias de sus sistemas socioeconómicos. En lo que al caso salvadoreño se refiere, sentar las bases propicias para la transición demográfica supondría, al menos, contener el embate de una economía que ha probado no tener piedad al reducir las capacidades del Estado para hacer valer sus funciones y mandatos. Supondría revertir, por ejemplo, la presencia de maquila de baja transferencia tecnológica, de garantizar políticas públicas efectivas para la niñez y la juventud así como la reducción drástica de su muerte por los altos niveles de violencia social a la que se encuentran expuestos estos grupos poblacionales. Pero sobre todo, de fondo, sería necesario disminuir la brecha histórica que en la actualidad mantiene unos niveles de desigualdad y exclusión tales que impiden el acceso a una condición real de ciudadanía y confirman un estado de precontractualidad histórica

que desde siempre ha cerrado la posibilidad a un empleo digno a las grandes mayorías.[16] Esta situación de exclusión y privación de ciudadanía que ya es bastante rigurosa si se considera la vulnerabilidad propia del empleo informal, se habría visto agravada desde la entrada de las políticas económicas neoliberales y debido a la actual crisis económica con sus masivos recortes de empleo, sus imposibles requerimientos de "flexibilización" y la consecuente exacerbación de la precariedad vital. La precariedad vital, que es al fin de cuentas precariedad ciudadana, y los lazos familiares que reclaman en el exterior a tantos niños, niñas y jóvenes connacionales, constituyen un atractivo y muy flexible trampolín con el que cada vez más se sueña con escapar y saltar las fronteras del país. Ahora, ¿qué dimensiones alcanza la migración irregular de menores centroamericanos y salvadoreños?

La migración indocumentada de niños, niñas y adolescentes de Centroamérica hacia los Estados Unidos sigue siendo una problemática de gran envergadura. En consonancia con la migración de adultos, la migración de menores ha aumentado hasta tal punto que, según datos de la Dirección General de Migración y Extranjería de El Salvador, 5% de todos los salvadoreños deportados en 2013 eran menores, en comparación con 2011 cuando los menores repatriados representaron un 3.14% de todas las deportaciones. El aumento dramático de niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares provenientes de los tres países del triángulo norte de Centroamérica (Guatemala, Honduras y el Salvador) comienza a evidenciarse a partir 2011. El Departamento de *Homeland Security* de Estados Unidos estima que para 2014 el número de menores de esos tres países que serán referidos al sistema de inmigración puede ascender a unos 60 000, lo que representaría un aumento de casi

[16] C. Orellana, "Exclusión, crisis del mundo del trabajo y precariedad: a vueltas con el tema de la ciudadanía", *Estudios Centroamericanos (ECA)*, 729, 67, pp. 229-258, 2012.

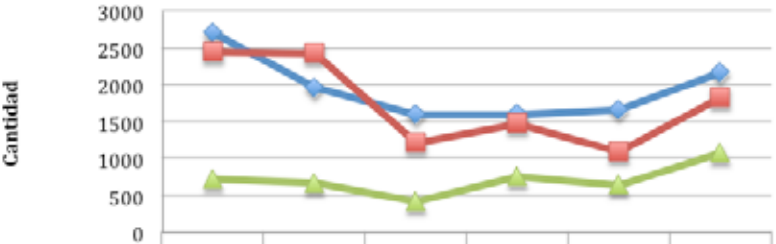
160% respecto a 2013, y más de catorce veces el número de niños retenidos en 2011. Esa dependencia norteamericana reporta que los menores centroamericanos representan un 93% de esos números (37% de Guatemala, 26% de El Salvador y 30% de Honduras). Bajo todas luces, son números enormes que representan condiciones de inseguridad y peligro para muchos menores.

Las cifras anteriores se refieren a los niños y niñas que, vadeando toda suerte de peligros, llegan a la frontera de los Estados Unidos y son detenidos. Pero no todos llegan hasta ahí. No pocos son aprehendidos durante su trayecto migratorio en México. De éstos, los que oscilan entre los 12 y 17 años de edad todavía representan la mayoría, llegando a ser aproximadamente un 83.5% de todos los menores detenidos en distintos lugares del territorio mexicano entre 2007 y 2012 (véase figura 1).

Como se puede apreciar en la figura 1, los números más altos corresponden a los primeros años del sexenio, pero se puede apreciar un aumento considerable en los dos últimos años de ese periodo. Efectivamente, el aumento de los menores detenidos en ese rango de edad en 2012 ha sido de 30.4% para Guatemala, 67% para Honduras y 66.8% para El Salvador respecto al año anterior. El Salvador ha tenido consistentemente el menor número de menores entre los 12 y 17 años de edad detenidos en México en comparación con los otros dos países del triángulo norte.

Por otro lado, si bien el número de niños y niñas menores de 12 años de edad detenidos en México representa la minoría de todos los menores aprehendidos, su número ha aumentado en el último año del sexenio para Honduras y El Salvador, como se puede ver en la figura 2. Con respecto al año anterior, en 2012 Honduras experimentó un aumento de 76.7% de niños y niñas menores de 12 años de edad, y El Salvador un aumento de 63.3%. El aumento de niños y niñas menores de 12 años debería representar una preocupación grande para los distintos Estados centroamericanos

Figura 1. Niños mayores de 12 años repatriados desde México según año y país de origen



	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Guatemala	2710	1963	1603	1610	1664	2170
Honduras	2452	2435	1220	1487	1099	1835
El Salvador	725	669	422	762	650	1084

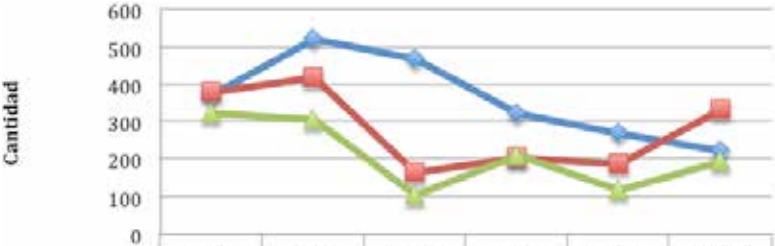
Fuente: elaboración propia con base en datos del Instituto Nacional de Migración (INM) de México.

ya que esos menores son más vulnerables y están más expuestos a toda suerte de peligros.

La figura 2 muestra que después de un repunte entre 2007 y 2008, que coincide con los años de la crisis financiera mundial, el número de guatemaltecos menores de 12 años retenidos en México ha experimentado un descenso. Entre 2008 y 2012, este número disminuyó aproximadamente un 57.4%.

Por otro lado, la migración indocumentada de menores sigue siendo predominantemente masculina. Como puede apreciarse en la Tabla 1, donde se consigna el número de migrantes indocumentados aprehendidos en territorio mexicano entre 2008 a 2013, aproximadamente tres de cada cuatro menores detenidos son varones. Los porcentajes se han mantenido relativamente estables en esos años, fluctuando entre un 72.8% en 2009 a un 78.5% en 2011. Estos porcentajes coinciden con lo que el Departamento de Homeland Security de los Estados Unidos reporta: 77% de meno-

Figura 2. Niños menores de 12 años repatriados desde México según año y país de origen



	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Guatemala	373	523	470	323	271	223
Honduras	381	420	165	205	189	334
El Salvador	324	307	105	210	120	196

Fuente: elaboración propia con base en datos del Instituto Nacional de Migración (INM) de México.

res varones referidos a la oficina de refugiados en 2012 y 73% en 2013. Ese patrón de género también se evidencia en las deportaciones desde México de migrantes mayores de 18 años, aunque los porcentajes sean más altos para este grupo etario en comparación con los menores de edad. El promedio en esos seis años para los mayores de edad hombres que fueron repatriados desde México es de 85.6%.

El escenario vigente de la transición demográfica ofrece un contexto de sentido que ayuda a enmarcar el fenómeno de la migración infantil al tiempo que pone de manifiesto la necesidad actual de procurar que la infancia y la juventud constituyan temas permanentes de discusión académica y política. Asimismo, la referencia a un contexto objetivo tan peculiar que anuncia la paradójica situación de aprovechar un bono demográfico a partir de una población en franca disminución así como los desbordantes números que caracterizan a la migración infantil irregular, conmi-

Tabla 1. Eventos de extranjeros presentados y devueltos por las autoridades migratorias mexicanas, según grupo de edad, condición de viaje y sexo, de 2007 a agosto de 2013.

Año	*2008*			*2009*			*2010*		
Grupos de edad / condición de viaje y sexo	*Subtotal*			*Subtotal*			*Subtotal*		
	H	*M*	*Total*	*H*	*M*	*Total*	*H*	*M*	*Total*
Total general	77 203	17 520	94 723	57 688	11 345	69 033	59 756	10 346	70 102
Mayores de 18 años	69 215	15 155	84 370	53 543	9 798	63 341	56 749	9 310	66 059
Total de menores	7 988	2 365	10 353	4 145	1 547	5 692	3 007	1 036	4 043
De 12 hasta 17 años	6 421	1 487	7 908	3 676	1 153	4 829	2 502	702	3 204
De 0 hasta 11 años	1 567	878	2 445	469	394	863	505	334	839
Acompañados	1 019	681	1 700	397	344	741	389	275	664
No acompañados	548	197	745	72	50	122	116	59	175

Año	*2011*			*2012*			*2013 (agosto)*		
Grupos de edad / condición de viaje y sexo	*Subtotal*			*Subtotal*			*Subtotal*		
	H	*M*	*Total*	*H*	*M*	*Total*	*H*	*M*	*Total*
Total general	53 045	8 157	61 202	69 250	10 393	79 643	51 706	9 228	60 934
Mayores de 18 años	49 804	7 269	57 073	64 698	8 979	73 677	47 063	7 657	54 720
Total de menores	3 241	888	4 129	4 552	1 414	5 966	4 643	1 571	6 214

De 12 hasta 17 años	2 867	637	3 504	4 104	1 051	5 155	4 088	1 117	5 205
De 0 hasta 11 años	374	251	625	448	363	811	555	454	1 009
Acompañados	309	213	522	382	328	710	459	369	828
No acompañados	65	38	103	66	35	101	96	85	181

Fuente: elaboración propia con base en datos del Centro de Estudios Migratorios del Instituto Nacional de Migración de México.

nan al esfuerzo de reflexión académica a no cejar en su empeño de pensar la migración infantil irregular considerando su inherente complejidad como objeto de estudio. Desde el marco de la psicología social, los análisis siguientes se inscriben en dicho propósito.

III. Trazos para la construcción de una psicología social de la niñez migrante irregular

Los argumentos que siguen tienen por objetivo ofrecer algunas vías de análisis que permitan articular una reflexión de carácter psicosocial sobre la niñez que migra de manera irregular. Tres notas interrelacionadas serán presentadas aquí: la necesidad de situar al niño y la niña salvadoreños como sujeto de reflexión teórica; el carácter dinámico del fenómeno migratorio y en particular de la experiencia de los y las menores que abandonan el país de forma indocumentada; y por último, la consideración de algunos efectos subjetivos y relacionales que se derivan de la singular experiencia que constituye la migración irregular.

1. El carácter histórico de la niñez

Que la academia necesita recortar la realidad para aproximarse a su entendimiento es tan cierto como que muchas veces ésta no sabe o no se preocupa por encontrar el camino de regreso para restituir dicho recorte a su contexto de sentido. El ahistoricismo a la hora de realizar análisis de la realidad salvadoreña constituye un señalamiento de larga data[17] y en la actualidad, y sin ser nue-

[17] I. Martín-Baró, *Psicodiagnóstico de América Latina*, San Salvador, UCA Editores, 1972; Martín-Baró, I., *Acción e ideología*, San Salvador, UCA Editores, 1983.

va la deformación, algo similar se identifica cuando se trata de pensar a la niñez y la juventud y sus avatares particulares. Sucede que de una u otra forma los abordajes conceptuales sobre la niñez transmiten una visión encapsulada y estática de la misma. Dicho encapsulamiento está dado por la forma del abordaje: la niñez es comprendida como si se tratara de una fotografía instantánea, usualmente a partir de coordenadas teóricas abstraccionistas propias de la psicología evolutiva o a partir del prisma aplicado por instituciones u organizaciones que se abocan al trabajo con la niñez en donde el niño o la niña como sujeto histórico, de fondo, se ve reducido a un grupo etario que requiere asistencia por parte de alguna instancia superior (los adultos, las instituciones, etc.).

El resultado es que se suele dibujar un retrato robot: un niño, una niña o un joven universal, ajeno a las rémoras o a las bondades de su tiempo. De acuerdo con Burman,[18] los estudios propios de la psicología del desarrollo hacen suyo un discurso repleto de palabras benignas que perfilan el desarrollo humano alejado del contexto social y político donde aquél tiene lugar. Términos como, "progreso", "desarrollo", "crecimiento", "evolución", ofrecen connotaciones bondadosas y asépticas que sugieren que el desarrollo infantil se da siempre hacia adelante, de forma homogénea, lineal y natural. La idea de progresión ininterrumpida se ve reforzada por un lenguaje científico vulgarizado en revistas, programas matutinos o pequeños reportajes donde "expertos" hablan de "los niños" o "los adolescentes".

En la práctica, suele echarse en falta un cuestionamiento a las concepciones teóricas dominantes sobre la infancia que terminan siendo consonantes con una agenda política conservadora. De ahí que no sea extraño que las más de las veces los temas de inte-

[18] E. Burman, "Developmental Psychology and its Discontents", en D. Fox e I. Prilleltensky [eds.], *Critical Psychology. An Introduction*, Londres, Sage Publications, 1997, pp. 134-149.

rés que se ventilan popularmente y que atañen a la infancia se remitan a cuestiones disciplinarias, de crianza (con énfasis en la obediencia, por supuesto), problemas de aprendizaje, el fortalecimiento de la familia nuclear o la trillada y poco pensada "pérdida de valores", supuesta amenaza que se cierne sobre los jóvenes de hoy y que suele derivar y mezclarse con confusos y superficiales aleccionamientos religiosos puritanos.

Para Burman,[19] entonces, la psicología del desarrollo obvia las dinámicas de poder que atenazan a la niñez y la juventud porque se supone que trabaja con un objeto inscrito en una trayectoria innata hacia la madurez. Al concebir un sujeto de estudio con un itinerario predecible, se pasa por alto tanto el contexto en que dicho camino tiene lugar como los intereses que se ven fortalecidos por acción o por omisión. El trabajo de docencia sobre estos temas hace patente la necesidad de esta visión crítica sobre la infancia y la juventud (y de todo el ciclo vital, cabe decir) pues, ya que nuestros países no son centros dominantes de producción académica, no podemos ignorar que, cuando se importa un libro de texto, también es importado su propio contexto de producción: por lo general los libros disponibles en nuestro país sobre el ciclo vital del ser humano provienen de España o son traducciones al castellano de libros de texto estadounidenses. El resultado: se suele estudiar el desarrollo promedio de un sujeto usualmente blanco, al menos situado en la clase media de un país de primer mundo y cuyas posibilidades de desarrollo material distan mucho de las que puede gozar la gran mayoría de salvadoreños. No debe extrañar entonces que, en ausencia de crítica del conocimiento dominante sobre el desarrollo humano, se fortalezcan visiones etnocéntricas, androcéntricas, adultocéntricas, clasistas y patriarcales. Y que en el camino, subrepticiamente, se siga alimentando desde la academia las bondades que ofrece migrar al extranjero donde, como com-

[19] *Ibid*.

prueban los libros de texto al uso (y con imágenes que no dejan lugar a dudas), el desarrollo humano sí parece discurrir de forma más lineal, pues los niños y niñas casi siempre acuden a la escuela, la crianza de los hijos es asunto de parejas maduras y no de adolescentes en situación de exclusión o los ancianos tienen pensiones que les permiten disfrutar de cómodas jubilaciones.

A la hora de aproximarse al estudio del ciclo vital, y en particular al estudio de la niñez y la juventud, por todo lo dicho, conviene tener presente ciertas precauciones analítico-metodológicas,[20] a saber:

1. *El promedio como recurso descriptivo:* los textos al uso trabajan y construyen sujetos promedio, tipos ideales, abstracciones útiles con valor heurístico pero que en cada momento deben ser contextualizadas.
2. *El desarrollo es dinámico y relativo*: el desarrollo nunca es lineal, ni estático y no ocurre exclusivamente en los primeros estadios del desarrollo. La usual división de "estadios", "etapas" o "fases" del desarrollo que utilizan distintas teorías constituye sólo un recurso didáctico que no niega que el desarrollo o la madurez siempre es el resultado de procesos continuos y relativos, por lo que el cambio (la complejización del pensamiento, las transformaciones físicas, el vínculo con los otros) debe considerarse como inherente a todos los momentos de la vida del ser humano.
3. *La bidireccionalidad del desarrollo*: o lo que podría enunciarse como la diálectica del desarrollo.[21] Es decir, que el ser humano —incluyendo a niños y jóvenes— se ven influidos por su realidad pero que también influye en aquella, en una relación de influjo y constitución mutua, y de acuerdo a dife-

[20] G. Lefrancois, *El ciclo de la vida*, 6a ed., México, Thomson, 2001.
[21] Ver Martín-Baró, *Acción e ideología*, *cit.*

renciales de poder disponibles. Las visiones adultocéntricas son por definición autoritarias precisamente porque niegan o pasan por alto el carácter agente de la infancia, reduciendo a los más pequeños a objetos pasivos y respondientes de los que solamente se espera que acaten la voluntad y el designio de sus mayores.

4. *Historicismo:* por si fuera necesario remarcarlo, el conocimiento debe situarse o contextualizarse en cada caso. Una visión histórica de un objeto de conocimiento conlleva el reconocimiento del influjo que sobre el mismo ejercen las coordenadas espacio-temporales particulares de cada situación de estudio así como el intento por acercarse al individuo en sus peculiaridades objetivas y subjetivas, mismas que se ven interpretadas desde el prisma de la apertura a posibilidades diversas.

Estas líneas de análisis, y en particular en la última en la que quizás se vea condensada mucho de las anteriores, son especialmente ciertas y necesarias en referencia al tema central del escrito: la niñez migrante indocumentada. Así como se sabe que la migración nicaragüense encuentra en el sur y en Costa Rica su horizonte primordial de salida, la migración salvadoreña —ya ha sido dicho— lo hace prioritariamente hacia el norte y con miras hacia los Estados Unidos. Si la encuesta de juventud ya nos decía que el joven proclive a irse del país trabaja y estudia, también nos precisa que suele tratarse de un hombre, de sectores urbanos, que vive en el área metropolitana y oriental del país, que pertenece a un estrato social obrero y medio y, como dato importante, que se encuentra más insatisfecho con su propia vida aun cuando esto no necesariamente significa que sea pobre.[22]

[22] Santacruz y Carranza, *op. cit.*

Una visión ahistórica, apriorística y muy propia de ese sesgo economicista que suele permear el tema de la migración, llevaría a pensar que los recursos económicos escasos son los que sin más conducen a la migración. Sin embargo, los datos anteriores o el motivo compuesto por el que parecen optar por la migración jóvenes potenciales migrantes revelan esas particularidades históricas que rompen el sentido común y el reduccionismo mientras nos alertan sobre la necesidad de siempre considerar el contexto y a través de él, mirar al sujeto concreto de nuestras reflexiones, en este caso la niñez migrante indocumentada.

Tanto las nociones de niñez como de juventud constituyen construcciones sociales que han cambiado con el pasar del tiempo y por ello es que en cada momento histórico deben ser analizadas atendiendo a sus implicaciones particulares.[23] Si dichas nociones por sí mismas son complejas y trascienden el dato superficial de la edad, el asunto se complejiza aún más cuando se añaden fenómenos peculiares que afectan de manera especial a estas categorías sociales. Este es lo que pasa, verbigracia, si queremos pensar a la niñez y la juventud en relación con la violencia, la exclusión, la educación, la sexualidad o, en lo que nos ocupa, la migración irregular. Veamos algunos ejemplos que ilustran lo que aquí se está afirmando.

Reconociendo que no existe "la" juventud sino "juventudes", Margulis y Urresti[24] sostienen que, por el contrario, a la hora de pensar en jóvenes se suele evocar características uniformes influenciadas por el mercado que convierten a lo joven en un elemento de prestigio —lo juvenil— al tiempo que se resalta un solo tipo de juventud: aquella que tiene el privilegio, por su posición de clase y su consiguiente disposición de recursos, de postergar indefini-

[23] Lefrancois, *op. cit.*; Mario Margulis y Marcelo Urresti, "La construcción social de la condición de juventud", en H. Cubides *et al.* [coords.], *Viviendo a toda. Jóvenes, territorios culturales y nuevas sensibilidades*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998.

[24] Margulis y Urresti, *op. cit.*, 1998.

damente su preparación personal y su ingreso a la adultez con las demandas que eso conlleva (familia, trabajo, etc.). Este proceso de postergación existencial es lo que se denomina como *moratoria social*. No obstante, precisamente porque existen distintas formas

de ser joven y que esta variabilidad debe ser historizada es que en países como El Salvador más bien es menester prestar atención a esa mayoritaria juventud que acusa una condición de *premura social*,[25] Es decir, el aceleramiento vital promovido por la escasez de recursos que orilla a muchos niños y jóvenes a abandonar las tareas del desarrollo esperadas para su edad (el juego, el tanteo en la conformación de pareja, el estudio) y que los somete a un proceso de adultización prematura y con ello al enfrentamiento de retos careciendo de las herramientas necesarias que vuelven más complicada su existencia y cierran sus horizontes de desarrollo y la de los suyos. En la encuesta de juventud de 2007, se encontró que aquellos jóvenes que ya habían formado su propio hogar también habían dejado el hogar paterno antes de alcanzar los 17 años, y era más probable que ya hubiera formado su hogar una joven, proveniente de la zona rural, cuya edad oscilara entre 20 y 24 años y que presentara un bajo nivel de educación.[26]

En lo que a ahistorización de la niñez y la juventud, la migración y construcciones sociales se refiere,[27] sostienen que existen una serie de representaciones que consolidan una construcción del mismo proceso migratorio y del joven migrante retornado. Existiría un imaginario cristalizado mediáticamente según el cual quien migra se embarca en una suerte de lucha aventurera y heroica consonante con el ideario salvadoreño de lucha y sacrificio, pero que también se adscribe a una visión masculina hegemónica. Si

[25] Orellana, "Reflexiones sobre la cultura juvenil contemporánea", Estudios Centroamericanos, 2005.

[26] Santacruz y Carranza, *op. cit*.

[27] Gaborit, Zetino, Brioso y Portillo, *op. cit*.

se trata de un migrante retornado, el migrante se transforma en un "deportado", al que se le adhiere un halo de fracaso y hasta de presumible peligrosidad porque se relaciona con el retorno de pandilleros o a la comisión de delitos ocurrida en el exterior. Poco

puede haber de heroísmo allí en donde de fondo predomina la tragedia y la carencia de opciones, así como cunde la equivocación al criminalizar a un compatriota en desventaja a través de una acusación cegada por nociones distorsionadas de lo que constituye el éxito social, especialmente si se trata de un niño o una niña, por no haber podido cumplir con una tarea titánica, compleja y con la que se corre con una pléyade de contratiempos desde su inicio como ocurre con la migración indocumentada. En este sentido, el reto de cualquier disciplina académica, institución, proceso de investigación o intervención y de la sociedad en general, siempre será centrarse en los procesos y las necesidades reales de niños y niñas reales que desarrollan su existencia en contextos político-culturales particulares, en lugar de estudiar supuestos fenómenos e individuos que dan rostro a nuestra burda proyección distorsionada y conveniente de las cosas.

2. El carácter dinámico de la condición y de la experiencia de la niñez migrante irregular

Para nadie es un secreto que El Salvador y el istmo centroamericano en general conforman un contexto cambiante. El carácter variable de las condiciones que los países centroamericanos ofrecen a sus ciudadanos se expresa, por ejemplo, en las transformaciones demográficas que se han mencionado más arriba, la vulnerabilidad ambiental, la volatilidad social concretada en la protesta social y en la violencia delincuencial, la rebusca propia de la precariedad y, por supuesto, los constantes procesos migratorios internos y

hacia el exterior.[28] Lo cambiante, entonces, hace referencia aquí, en primera instancia, a una realidad que presenta unas características singulares. Pero, de manera más precisa, lo cambiante y dinámico de este contexto alude a la existencia de rasgos imprevisibles, escurridizos y multidireccionales, tanto para el ojo del observador como para los mismos actores sociales situados en ellos, los cuales se ven enfrentados a procesos relacionales y subjetivos emergentes. Procesos así toman forma de manera especial en la condición y la experiencia de la niñez que migra de manera irregular hacia los Estados Unidos. Según ideas vistas más arriba, la condición de niñez en sí misma conlleva la consideración de unos avatares que trascienden la rígida delimitación etaria o el encasillamiento en estáticas etapas del desarrollo para inscribirse en procesos históricos, relaciones de poder y hasta en verdaderos ejercicios de supervivencia cotidiana. Y si la condición de niñez, con su aparente esencia concreta no escapa al dinamismo que se está describiendo aquí (singular, cambiante, emergente), no es de extrañar que otros aspectos igualmente con apariencia de ser datos dados y cerrados también puedan ser interpretados desde el carácter dinámico que estamos discutiendo. Este es el caso del afrontamiento y gestión del riesgo y el de la construcción de la ruta migratoria.

Riesgo y protección: el peso de la subjetividad y permutabilidad

Los factores de riesgo y de protección constituyen un conjunto de realidades y de disposiciones que al encontrarse presentes, respectivamente, propician o impiden el aparecimiento de una condición

[28] Programa Estado de la Nación, *Informe estado de la región en desarrollo humano sostenible*, San José, PEN, 2008.

determinada. Es decir, que, para el caso de la migración irregular, en tanto fenómeno complejo que acarrea consecuencias de distinta naturaleza, también es posible identificar la existencia de aspectos que favorecen o frenan su aparición. Según Martínez, García-Ramírez y Martínez,[29] los procesos migratorios son el resultado del interjuego de factores situacionales (instigadores o impedimentos) y de factores personales (facilitadores o inhibidores) que se producen en un contexto de origen determinado y que derivan en el deseo de migrar. Perry nos ofrece una amplia gama de los factores de riesgo que la literatura disponible sugiere que podrían contribuir a detonar la migración irregular.[30] Puede interpretarse que el reverso de cada uno de los factores, a su vez, podría conformar un posible factor de protección que llevaría a las personas a tomar la decisión de no abandonar su país. Los factores de riesgo para la migración irregular pueden clasificarse en tres categorías: *factores crónicos*: fallas fiscales profundas, disparidad económica severa y altos y sostenidos niveles de crimen organizado; *factores situados a nivel nacional* donde se incluyen factores económicos (desempleo, bajo crecimiento económico, etc.), factores sociales (inseguridad y conflicto social, entre otros), factores ambientales (vulnerabilidad sísmica, carencia de agua potable, etc.), factores geopolíticos (niveles de gobernabilidad o de debilidad estatal); y *factores situados a nivel subnacional*: factores sociodemográficos (urbanización, densidad, etc.) y factores geográficos (como la cercanía de fronteras o recursos valiosos).

El listado de factores de riesgo anterior permite subrayar el carácter dinámico de la migración infantil irregular del que se viene hablando por encima de la relativa obviedad de la influencia de

[29] M. Martínez, García-Ramírez y J. Martínez, "Procesos migratorios", en F. Expósito y M. Moya [coords.], *Aplicando la psicología social*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2005, pp. 255-276.

[30] A. Perry, "Risk Factors of Unmanaged Migration", *RTM Insights*, 17, 2012. Disponible en www.riskterrainmodeling.com.

causas o factores en la decisión de migrar. En primer lugar, *los factores de riesgo actúan en conjunto*, nunca como entidades separadas o como causas únicas. Esta visión es consonante con concepciones contemporáneas de la exclusión social[31] que muestran que la misma funciona a base de acoplamientos, esto es, que una condición de exclusión suele verse agravada por la presencia y superposición de otras condiciones de exclusión. Desde este punto de vista, un contexto violento y socioeconómicamente precario orilla con mayor intensidad hacia la migración que uno en el que sólo se experimentan carencias sociomateriales. En segundo lugar, la clasificación ofrecida por Perry muestra la tendencia académica dominante según la cual únicamente suelen ser considerados factores contextuales u "objetivos" dentro de la casuística de la migración, mientras se da por descontado que esos factores conducirán a un único resultado subjetivo: la decisión de migrar. Hecho el consabido recuento de factores objetivos, *la subjetividad aparece añadida, de forma mecánica y carente de contenido*. La faceta subjetiva pues, queda relegada a un segundo plano cuando también es posible considerar que ciertas disposiciones psicosociales también contribuyen como instigadores o inhibidores de la migración irregular. Veamos algunos ejemplos de este segundo punto con mayor detenimiento.

La encuesta de juventud que se ha venido mencionado mostró, de manera contraituitiva, que es más probable que un joven tome la decisión de migrar si tiene empleo: en otras palabras, no es necesariamente la falta de trabajo o los niveles de desempleo objetivos sino la constatación de la posible mala calidad del mismo, la remuneración u otros factores aparejados los que contribuyen a activar la aritmética mental necesaria para optar por la migración;[32] este aspecto es crucial considerarlo en el caso salvadoreño pues de he-

[31] J. P. Pérez Sáinz, y M. Mora, *La persistencia de la miseria en Centroamérica. Una mirada desde la exclusión social*, San José, Flacso Costa Rica, 2007.

[32] Santacruz y Carranza, *op. cit*.

cho sus niveles de desempleo son bajos, mientras que los niveles de subempleo y la proliferación de empleos de mala calidad son descomunales.[33] Por otro lado, se ha podido constatar[34] que el intercambio con la red migrante, la sensación de inseguridad y la exposición indirecta a la violencia así como las actitudes favorables hacia el Sueño Americano y la migración, constituyen algunos factores subjetivos cruciales a la hora de considerar la salida del país en jóvenes potenciales migrantes. Estas tendencias, además, se ven permeadas por aspectos como la edad y el género, no como elementos demográficos, sino en tanto realidades psicosociales. Los menores migrantes suelen ser adolescentes, jóvenes por tanto que exhiben rasgos que explican mucho de su autopercepción de competencia para cumplir la exigente tarea de la migración indocumentada. De acuerdo con Craig,[35] uno de los rasgos característicos del adolescente es la *fábula personal*, es decir, la lectura que realiza el joven de sí mismo que lo lleva a considerar que es especial y, para lo que nos ocupa, invulnerable, inmortal y capaz de sobrellevar cualquier empresa humana como si las leyes de la naturaleza pudieran verse suspendidas en su favor. Tanto el "valor" como la exposición al riesgo se nutren de disposiciones como las mencionadas, así como del factor género, quizás como un rasgo nutrido de la masculinidad hegemónica que prevalece en nuestra cultura: son los jóvenes los que suelen verse más inclinados a la migración irregular. Este dato se ve ratificado con las tendencias migratorias actuales como vimos antes, pues de los menores centroamericanos deportados en los últimos años, el 77% eran varones y, sólo para

[33] Ver Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, "Informe sobre Desarrollo Humano El Salvador 2007-2008", *El empleo en uno de los pueblos más trabajadores del mundo*, San Salvador, PNUD, 2008.

[34] Datos preliminares de la investigación: *Atrapados en la tela de araña: la migración irregular de niñas y niños salvadoreños hacia los Estados Unidos.* Informe presentado a la Fundación Ford, marzo de 2014.

[35] G. Craig, *Desarrollo psicológico*, México, Prentice Hall, 2001.

el caso salvadoreño, según el CONNA, este porcentaje se elevó al 84.7% de los menores deportados.[36]

El tercer y último punto que cabe destacar remite a la tendencia combinatoria de los factores de riesgo y de protección y al papel complementario de las disposiciones subjetivas en la migración irregular. Nos referimos a *la capacidad transmutable del riesgo y de la protección*. Lo que se está sugiriendo aquí es, primero, que el riesgo y la protección no constituyen categorías claramente excluyentes o una dicotomía y, en segundo lugar, que el dinamismo último del riesgo y de la protección puede llegar a operar con base en la permutación debido al carácter siempre emergente y provisional que adquiere la migración y la misma experiencia migrante.

El ejemplo paradigmático de este atributo del riesgo y de la protección —la permutabilidad—nos lo ofrece un fenómeno que ya ha sido mencionado en estas páginas y que, al igual que la migración, exhibe en su manifestación rasgos cambiantes ligados al riesgo y la protección: hablamos de la violencia. En concreto, la supuesta capacidad protectora que ofrece el uso de un arma de fuego. La creencia popular, y la no pocas veces abierta promoción que realizan algunos sectores y los medios de comunicación para su uso, sostiene que portar un arma de fuego protege al individuo ante la amenaza de la violencia y la delincuencia. Sin embargo, como fue comprobado fehacientemente hace ya algunos años[37] el uso de un arma de fuego como objeto de defensa, de hecho, incrementa hasta en 43 veces la posibilidad de morir en el evento. ¿Por qué ocurre esto? Algunos motivos que explican este resultado serían la posible inexperiencia del portador del arma, el grado de perturbación emocional que supone un evento que amenaza

[36] J. Álvarez, "Se triplica cantidad de niños que viajan solos". Disponible en http://www.laprensagrafica.com/se-triplica-cantidad-de-ninos-que-viajan-solos Fecha de consulta: 10 de mayo de 2013.

[37] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Armas de fuego y violencia*, San Salvador, PNUD, 2003.

la integridad física o patrimonial y que afecta cualquier respuesta efectiva de defensa y el factor sorpresa que siempre se encuentra del lado del atacante. En suma pues, en este caso, la protección deviene en riesgo porque el evento que se enfrenta (el asalto, la amenaza) es novedoso, porque supera la capacidad de respuesta del individuo y porque sus características aun intentando anticiparlas de distintas maneras —practicar el uso del arma, tomar precauciones, etc.— no impide que el mismo adopte giros sorpresivos, imprevisibles e inimaginables.

Características como las apuntadas —imprevisibilidad, potencial disruptivo, etc. — emparentan a la violencia con la migración en tanto que ambos fenómenos suelen superar cualquier esfuerzo de anticipación y someten a aparentes contrasentidos a la experiencia personal de quien los enfrenta. En la migración infantil irregular ocurren situaciones similares a las vistas con el ejemplo de la supuesta capacidad protectora del arma de fuego: entre los menores migrantes, y por supuesto especialmente entre las chicas, un riesgo muy grande es el de sufrir abuso sexual. Debido a ello, y gracias a un conocimiento colectivo que tiende a replicarse, muchas jóvenes optan por el uso planificado de métodos anticonceptivos.[38] Aparentemente, esto supone un factor de protección ante una amenaza real del proceso migratorio y sin embargo, por lo mismo, supone la posibilidad de minimizar ese mismo riesgo o lograr cierta ilusión de control que contribuye a emprender la salida. Es decir, en este caso, protegerse podría incrementar el riesgo. Asimismo, en una de las entrevistas llevadas a cabo en la Estación Siglo XXI de Tapachula, desarrollada en el transcurso de la investigación *Atrapados en la tela de araña*, una joven contó que al ser "capturada" en la estación migratoria, estuvo encerrada con decenas de hombres. Sin duda un escenario de riesgo para cualquier mujer y en especial en las circunstancias singulares en las que

[38] Gaborit, Zetino, Brioso y Portillo, *op. cit.*

se encontraba. No obstante, ese riesgo cambia progresivamente a protección —y así lo vivencia y manifiesta ella misma— cuando se generan alianzas entre los hombres y ella, cuando progresivamente se forma un ambiente de camaradería, y según comenta la joven en mención, incluso de confianza y de confidencia.

En suma, en la práctica lo que en un momento aparece como un factor de riesgo se convierte en determinadas circunstancias —y a veces de forma súbita— en un factor de protección, y viceversa; también habrá que considerar que existen factores de riesgo y de protección que interactúan a distintos niveles. Y algo similar ocurre con la interpretación de aquello que es expone y de aquello que protege. Esta tendencia dinámica apuntada está alimentada por la fluidez y lo cambiante del propio proceso de migración que a continuación veremos, la capacidad agéntica de la niñez (aunque a veces dicha agencia se nutra de la fábula personal, de esa ilusión de invulnerabilidad) y de la permeabilidad conceptual de los constructos mismos.

Cabe decir que ante realidades cambiantes, provisionales y móviles es esencial considerar el empleo de categorías analíticas con propiedades similares. Con el riesgo y la protección ocurre esto: el riesgo como la protección nunca son absolutos, se componen de realidades híbridas (objetivas y subjetivas, situadas en distintos niveles de análisis) y constituyen construcciones sociales que hasta son objeto de elección por parte de los grupos sociales.[39] La "resiliencia" es un buen ejemplo de lo anterior. Constituye una característica que colapsa o fusiona en sí misma concepciones aparentemente dicotómicas al sugerir que la fuente de la fortaleza es la debilidad, que el crecimiento proviene de tocar fondo, que el miedo puede devenir en conciencia y en liberación o que la adversidad conlleva aprendizajes insospechados. Estamos ante una discusión teórica y fenomenológica que abre nuevos derroteros de

[39] L. Fernández-Ríos, *Manual de psicología preventiva*, Madrid, Siglo XXI, 1994.

discusión en torno al usual estatismo de las categorías de análisis, el efecto mecánico de los factores "objetivos" que promueven la decisión de migrar, la usual ausencia del carácter extraordinario y cambiante de la migración irregular y de los dinamismos que la subjetividad social aporta al proceso.

La ruta migratoria como construcción social y como fuente de procesos subjetivos emergentes

Según lo dicho, es posible afirmar que el dinamismo del que se habla se presenta de manera especial en *el interjuego de objetividad y subjetividad propio de la experiencia migrante*. Esto es especialmente cierto a la hora de considerar una partida peculiar que implica diversos momentos y trayectorias. Según Gaborit y cols.,[40] los procesos migratorios se reconfiguran constantemente de manera objetiva y subjetiva y lo hacen a partir de tres momentos entreverados: *La etapa premigratoria*: la que se caracteriza por el ejercicio decisorio que se descompone, a su vez, en procesos de consulta que involucran a las redes nacionales e internacionales donde emergen procesos subjetivos ligados a la toma decisiones (negociaciones, persuasiones, etc.), y la deliberación propiamente dicha, donde se van produciendo preparativos afectivos y materiales con grados de sofisticación y precisión crecientes para emprender la marcha al tiempo que se anticipan posibles resultados del proceso (es la llamada fase reactiva). Esta fase premigratoria se ve asistida por actores y procesos psicosociales que contribuyen con la configuración subjetiva del proceso en ciernes. *La ruta migratoria:* la ruta no es el camino o el suelo que se pisa sino el escenario migratorio construido. Conlleva la activación de procesos de expulsión que, aliñados con procesos psicosociales particulares (expectativas, conocimientos, entre otros),

[40] Gaborit, Zetino, Brioso y Portillo, *op. cit.*

llevan a enfrentar realidades que se pudieron anticipar o no en los momentos preliminares del viaje (asaltos, accidentes, privaciones).

La ruta migratoria puede culminar en un punto de llegada atractivo o en orientaciones que terminan expulsando al migrante de los Estados Unidos. *La inserción en Estados Unidos y el posible retorno al país de origen:* es decir, la posibilidad de ajuste vital a la realidad del país del norte y la consiguiente resignificación del proceso migratorio y la inserción en distintos ámbitos del nuevo contexto que permiten valorar el camino recorrido. Esta fase cerraría con la presencia de acontecimientos que impelen al retorno a El Salvador y las readecuaciones objetivas y subjetivas que la vuelta obliga a realizar. Retomaremos este punto cuando discutamos las implicaciones del estrés aculturativo.

Como puede observarse, la migración constituye un esfuerzo formidable cuya complejidad se ve amplificada de manera crucial por la aritmética cognitiva, afectiva, relacional e infraestructural que requiere para llevarse a cabo. Se trata de una aritmética nunca lineal, sino recursiva, que funciona a base de vaivenes, tanto por lo cambiante de las emociones y los cálculos implicados como por que el mismo viaje puede ser cíclico, signado muchas veces por numerosos intentos de salida y de retornos. Y si esto es verdad para la migración irregular en general, no menos exigente debe esperarse que sea el proceso para los niños, las niñas y los jóvenes que se ven orillados a migrar ilegalmente. Si como la evidencia muestra, la motivación para migrar es compuesta y se produce por el influjo simultáneo de la búsqueda de un mejor horizonte de oportunidades, debido a la amenaza de la violencia y por la búsqueda de la reunificación con la familia de origen que se ha ido con antelación (también de manera ilegal en muchos casos), una lectura derivada de dicho cuadro motivacional nos presenta, en su reverso negativo, un escenario de vulnerabilidad, amenaza y de coerción vital que se ciernen sobre los más pequeños: la ni-

ñez migrante pues, se ve enfrentada rápidamente a la carencia de oportunidades, a la amenaza de la muerte violenta y las pandillas así como la desestructuración familiar que genera la migración.

Son estas condiciones alarmantes las que añaden más revoluciones a la velocidad con que se mueven los procesos migratorios que envuelven a los menores y las que conceden ciertos rasgos peculiares a la dinámica migratoria en las que se ven inmersos: la estrechez de oportunidades precipita metas vitales como preámbulo de la migración (obtener el noveno grado o el bachillerato). Es posible que la obtención de cierto grado educativo constituya una especie de rito de paso que activa para el joven y los suyos el conteo regresivo para salir finalmente del país; la ubicuidad y el carácter imprevisto de la inseguridad, especialmente debido al accionar de las pandillas, suele obligar a tomar decisiones súbitas con el fin de proteger la integridad personal; y por último, la existencia de una red o comunidad migrante, local y en los Estados Unidos, mantendría una presión socializadora y atractiva para la migración y la reunificación familiar.

De hecho, la migración hacia los Estados Unidos de niños, niñas y adolescentes de manera indocumentada en Centroamérica parece manifestarse esencialmente de dos maneras. La primera tiene que ver la ya mencionada *violencia y su impacto*. Esta aparece y se instala en los centros escolares y los vecindarios, particularmente por el reclutamiento forzoso y otras acciones intimidatorias por parte de grupos pandilleriles o la actuación de otros grupos vinculados al crimen organizado en distintos lugares del país. Esta actuación pandilleril ha evolucionado de tal forma que hoy en día se evidencia no sólo en los centros escolares ubicados en zonas marginales de los centros urbanos, sino que aparece también en pequeños poblados que hace una década no conocían esa forma de violencia. Esto está impulsando a no pocos niños, niñas y adolescentes a iniciar procesos migratorios indocumentados con

la intención de escapar de esa forma de violencia.[41] Efectivamente, de alrededor de 140 niños, niñas y adolescentes de México, Honduras, Guatemala y El Salvador para quienes la Conferencia de Obispos Católicos de los Estados Unidos asistió legalmente en 2011 en su esfuerzo de reunificación familiar, aproximadamente un 41% identificó la violencia como la razón fundamental de su migración.[42] En entrevistas realizadas por los autores en el Centro de Atención al Migrante de la Dirección General de Migración y Extranjería de El Salvador, aproximadamente un 19% de los menores repatriados desde México señalan la misma razón.

Esta forma de violencia en contra de los menores centroamericanos tiene dos manifestaciones concretas. En primer lugar, hay intentos explícitos de reclutar a los menores para que formen parte de las pandillas por medio de amenazas y otras formas de violencia directa. Al inicio, los menores intentan vadear como pueden los intentos de reclutamiento. Al final, habrán de decidir si pueden seguir negándose o si tendrán que salir del país. En segundo lugar, las familias de los menores son extorsionados y tienen que pagar renta a la pandilla para que sus hijos o hijas no sean reclutados. Sin embargo, esta situación es insostenible en el tiempo ya sea porque la renta sigue escalando y/o los padres no cuentan con esos recursos económicos, o porque, en definitiva, lo que más interesa a la pandilla es reclutar al menor y no tanto el dinero que la amenaza produzca. En última instancia, los padres tendrán que decidir si su hijo o hija tendrá que migrar de manera indocumentada. Aunque

[41] E. G. Kennedy, "Refugiados de las pandillas centroamericanas", *Revista de Migraciones Forzadas*, 43, Estado de Fragilidad, 2013, pp. 50-52; Womens' Refugee Commission, *Forced from Home: The Lost Boys and Girls of Central America*, Nueva York, 2012.

[42] United States Conference of Catholic Bishops, *Mission to Central America: The Flight of Unaccompanied Children to the United States*, Washington, 2013.

"la tregua"[43] que acordaron las dos principales pandillas en El Salvador en marzo de 2012 incluye renunciar al reclutamiento en los centros escolares, todavía no se logra evidenciar que efectivamente las pandillas hayan desistido de hacerlo. El acoso de las pandillas como razón de peso para migrar de manera irregular hacia los Estados Unidos conlleva la puesta en marcha de una salida rápida y, en algunos casos, de manera súbita aunque no sin planificación previa.

La segunda dinámica se podría denominar migración en *cascada*. Esta se caracteriza por la eventual migración de los menores precedida por la migración —típicamente también indocumentada— de sus progenitores.[44] Esta variante migratoria tiene varias formas: *a)* ambos o uno de los progenitores viajan con sus hijos e hijas; *b)* primero migra uno de los progenitores —usualmente el padre—quien después lleva a la pareja y, eventualmente, sigue el niño o niña; *c)* los hijos o hijas pueden seguir en serie a reunirse con su padre/madre en los Estados Unidos. En muchos de los casos, los padres dejan al menor al cuidado de familiares en la espera y con la promesa de que después de poco tiempo mandarán a traer al o la menor. El tiempo que toma la reunificación de los niños o niñas con sus padres puede prolongarse más allá de lo anticipado debido a razones económicas o migratorias de los mismos padres.

[43] Al respecto, uno de los últimos comunicados de las pandillas Barrio 18 y MS-13 dice: "Hemos considerado hacer un segundo gesto de buena voluntad, el cual consiste en declarar todos los centros escolares del país, públicos y privados, como zonas de paz; es decir, ya no serán considerados como zonas en disputa territorial, lo cual permitirá que alumnos y maestros puedan desempeñar sus actividades educativas con toda normalidad, y los padres de familia se liberen de toda preocupación cuando envíen a sus hijos a la escuela". Valencia, R. y O. Luna, "Las pandillas dan un paso más: todos los centros escolares son ahora 'zonas de paz'", 2 de mayo, 2012. Disponible en http://www.elfaro.net/es/201204/noticias/8485/.

[44] C. Suárez-Orozco, y M. M. Suárez-Orozco, *La infancia de la inmigración*, Madrid, Morata D. L., 2003.

La tutela de los menores en ese compás de espera queda a cargo de otras mujeres familiares adultas, en lo que Hochschild ha dado en llamar la "cadena femenina global de cuidado".[45]

La separación de sus progenitores debido a la migración por lo general es experimentada negativamente por los menores. El miedo de no acordarse de sus padres para los más pequeños y el resentimiento, el sentimiento de abandono y el enojo de los adolescentes están cada vez mejor documentados para este tipo de separación. Aun cuando los menores queden al cuidado de familiares que, en el mejor de los casos, les proveen un ambiente seguro, cálido y amoroso, los menores tienen que lidiar con sentimientos de duelo, pérdida y dificultades de apego[46] y, con frecuencia, resentimiento rechazo, miedo y enojo.[47] Hay evidencia de que este proceso de separación puede causar dificultades psicológicas que pueden manifestarse en distintas formas de conducta antisocial, retraimiento o conductas depresivas.[48] Sin embargo, Suárez Orozco, Todorova y Louie[49] señalan que debido a los lazos familiares fuertes que suelen caracterizar a las familias centroamericanas, el apoyo recibido por familiares bajo cuya tutela quedan los menores

[45] A. R. Hochschild, "Global Care Chains and Emotional Surplus Value", W. Hutton y A. Giddens [eds.], *On the Edge. Living with Global Capitalism*, Londres, Vintage, 2001.

[46] G. F. Glasgow y J. Ghouse-Shees, "Themes of Rejection and Abandonment in Group Work with Caribbean Adolescents", *Social Work with Groups*, 17, 1995, pp. 3-27.

[47] Crawford-Brown, C., y Rattray, J. M., Parent-child Relationships in Caribbean Families, en N. Boyd Webb y D. Lum [eds.], *Culturally Diverse Parent-child and Family Relationships*, Nueva York, Columbia University Press, 2001, pp. 107-130.

[48] Crawford-Brown, C., *Factors Associated with Conduct-disorder in Jamaican Male Adolescents*, tesis doctoral, Rutgers University, 1993; Unicef, *El salto al norte. Violencia, inseguridad e impunidad del fenómeno migratorio en Guatemala*, Ciudad de Guatemala, 2011.

[49] C. Suárez-Orozco, I. L G. Todorova y J. Louie, "Making up for Lost Time: The Experience of Separation and Reunification among Immigrant Families", *Family Process*, 41, 2002, pp. 625-643.

ayuda a aminorar ese impacto negativo. Como en otras áreas de funcionamiento psicológico, mucho ayuda tener una red de apoyo que favorezca formas saludables de afrontamiento. Con todo, no existe evidencia clara que indique que los niños migrantes reporten índices de patología superiores a los de la población en general.[50] En seguida se dirá algo de los procesos de reunificación familiar.

¿Puede afirmarse en este contexto que la migración infantil es voluntaria? Evidencia empírica muestra que en países desarrollados (Reino Unido, para el caso) donde la preocupaciones vitales sin duda son menos dramáticas para la niñez y sus familias, los niños y las niñas suelen ser tomados en cuenta sólo de manera marginal a la hora de formular los planes de migración familiar.[51] Aun aceptando que hasta en las situaciones más adversas existen márgenes de decisión, que siempre hay opciones, no es una exageración afirmar que lo que parece ocurrir en nuestro medio es que es la avasallante circunstancia —cerrada, violenta y desintegradora— la que toma buena parte de la decisión de migrar que luego "se impone como la mejor opción vital" para muchos niños, niñas y jóvenes.

3. Efectos subjetivos y relacionales derivados de la experiencia migratoria irregular

La condición de migrante en los distintos momentos de la vida de los niños, niñas y adolescentes crea circunstancias y consecuencias

[50] M. Alegría *et al*., "Looking beyond Nativity: The Relation of Age of Immigration, Length of Residence, and Birth Cohorts to the Risk of Onset of Psychiatric Disorders for Latinos", *Research in Human Development*, 4, 12, 2007, pp. 19-47; C. Suárez-Orozco y A. Carhill, "Afterword, New Directions in Research with Immigrant Families and their Children", *New Directions for Youth Development*, 121, 2008, pp. 87-104.

[51] N. Bushin, "Researching Family Migration Decision-Making: A Children-in-Families Approach", *Population, Space y Place*, 15, 2009, pp. 429-443.

peculiares en su desarrollo asociados a la separación de los padres que se han marchado ya a los Estados Unidos, y a las estrategias de afrontamiento que los menores utilizan para definirse personal y socialmente. A continuación discutiremos algunos aspectos relativos al desarrollo psicosocial de la niñez que tienen particular importancia en tanto desafíos al bienestar subjetivo de la niñez migrante. Lo haremos abordando seis temas interrelacionados: la resiliencia y su modo de operar al interior de las personas, el desarrollo emocional y su vinculación con los estilos parentales, la complicada dinámica de la reunificación familiar, el desarrollo de la autonomía, la condición del acompañamiento en la ruta migratoria, y el estrés aculturativo.

Resiliencia

No todo respecto al crecer con una identidad migrante tiene un tinte negativo. Como en otras áreas de experiencias difíciles y traumáticas, las personas muestran cierta resiliencia y emergen de esas experiencias no solo no dañadas sino fortalecidas. En la resiliencia confluyen tres dominios interrelacionados: el individuo mismo, la familia y el medio ambiente social. Cicchetti y sus colaboradores[52] argumentan que tanto el funcionamiento positivo en la niñez está influenciado por una red compleja en la que confluyen tanto la composición biológica y psicológica de la persona, las experiencias

[52] D. Cicchetti, "Annual Research Review: Resilient Functioning in Maltreated Children —Past, Present and Future Perspectives", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 54, 4, 2013, pp. 402-422.; D. Cicchetti, "Resilience under Conditions of Extreme Stress: A Multilevel Perspective", *World Psychiatry*, 9, 2010, pp. 145-154; D. Cicchetti, J. A. Blander, "A Multiple-Levels-of Analysis Perspective in Resilience: Implications for the Developing Brain, Neural Platicity and Preventive Interventions", *Annals of the New York Academy of Science, 1094*, 2006, pp. 248-258.

actuales y el significado que la persona le adscribe, las decisiones que se van tomando y que van creando caminos de bienestar y el propio historial evolutivo, entre otros. En cuanto a la persona misma, aquellas que tienen una autoestima alta, un sentido realista de autocontrol y mantienen un sentido de esperanza muestran conductas resilientes.[53] Un ambiente familiar cálido que provea apoyo emocional y donde existe una clara y razonable estructura de límites está asociado a conductas resilientes, a pesar de que el niño o la niña no cuente con la presencia de uno o ambos padres.[54]

Finalmente, la resiliencia está asociada a un entorno social donde familiares, amigos y la comunidad proveen apoyo social.[55] Este entorno social provee al niño o la niña dos cosas de enorme importancia para el desarrollo de estrategias productivas para hacerle frente a la ausencia de uno o ambos padres: consistencia emotiva y un foro donde puede hablar sobre sus dificultades con confianza. De manera importante la resiliencia está afiliada a la adopción de estrategias flexibles que permiten soluciones exitosas aun en momentos de alta tensión, inseguridad y falta de claridad. Un entorno familiar afectuoso provee las seguridades psicológicas necesarias para desarticular el impacto negativo que la ausencia de los padres produce en etapas tempranas del desarrollo del niño o la niña. Volveremos sobre la temática de resiliencia cuando abordemos el tema de la competencia social de niños y niñas en circunstancias donde los padres no están presentes, no tienen una interacción

[53] E. Werner y E. Risk, "Resilience, and Recovery: Perspectives from the Kauai Longitudinal Study", *Development and Psychopathology*, 5, 1993, pp. 503-515.

[54] Suárez Orozco, Todorova y Louie, *op. cit.*

[55] Z. E. Taylor *et al.*, "The Relations of Ego-Resiliency and Emotion Socialization to the Development of Empathy and Prosocial Behavior across Early Childhood", *Emotion*, 13, 5, 2013, pp. 822-831; Brooks, R. B., Children at Risk: Fostering Resilience and Hope, *American Journal of Orthopsychiatry*, 64 (4), 1994, pp. 545-553.

cotidiana con sus hijos e hijas, o tienen una relación a distancia e intermitente.

La resiliencia que muestran los hijos e hijas que se unen a sus padres en otro país después de un tiempo de separación familiar se puede explicar de varias formas. Algunos aducen que la migración conlleva un patrón de autoselección por medio del cual los que emprenden la peligrosa ruta migratoria son los que exhiben mayor robustez psicológica y física de antemano. De hecho, Gaborit, Zetino, Brioso y Portillo[56] señalan que algunos jóvenes migrantes de El Salvador mencionan que se preparan físicamente para el viaje, fortaleciendo su capacidad para resistir caminatas largas. Otros sugieren que una vez que se ponen en marcha procesos de comparación social, los niños y las niñas migrantes caen en la cuenta experiencialmente que su situación actual es mejor que la anterior y muestran más esperanza.[57] Ya que una de las razones que los jóvenes migrantes mencionan para marcharse de su país de origen es tener mejores oportunidades, el tener indicios relativamente pronto de que esto es cierto o pronto será una realidad, puede alimentar ese sentido de bienestar.

En suma, conductas adaptativas y resilientes que los niños y niñas muestran en situaciones de adversidad, como la ausencia de sus padres por motivo de migración, pueden estar asociadas a condiciones como las siguientes: relaciones cercanas con familiares competentes y otros adultos afectuosos en la familia y la comunidad; buenas habilidades de autoregulación, una percepción positiva de sí mismo que conlleva una alta autoestima, una motivación agéntica con el medio ambiente social que se traduce en autoeficacia y autodeterminación, y amistades estrechas con pares

[56] Gaborit, Zetino, Brioso y Portillo, *op. cit.*

[57] Suárez-Orozco, *op. cit.*

también con capacidades autoreguladoras.[58] Además, Mastens[59] y Luthar[60] identifican habilidades en la solución de problemas, capacidad de tener una visión a largo plazo para planificar y decidir, y estrategias de afrontamiento activas que disminuyen la utilización de la negación y conductas de evitación. Igualmente, y en consonancia con lo anterior, están asociadas a la resiliencia la capacidad de encontrar sentido a las cosas en medio de las adversidades, el optimismo, el sentimiento religioso.[61] Con todo, conviene tener en cuenta que la resiliencia no es algo que el niño o la niña posea de una vez por todas, no es fija ni inmutable[62] y cambia según las circunstancias. Quizá la clave de todo esto en el caso de la niñez cuyos padres han migrando cuando los menores son todavía pequeños se encuentra en las relaciones cálidas, respetuosas y que fomenten la autonomía de parte de los familiares que quedaron a su cargo.

Estilos parentales y desarrollo emocional

Los estudios de Baumrind[63] en el área de la psicología del desarrollo son claves para entender el papel que juegan los padres en el desarrollo social de sus hijos e hijas. Y aunque los estudios de esta

[58] A. S. Masten, "Resilience in Developing Systems: Progress and Promise as the Fourth Wave Rises", *Developmental Psychopathology*, 19, 2007, pp. 921-930.

[59] A. S. Masten, "Ordinary Magic: Resilience Processes in Development", *American Psychologist*, 56, 2001, pp. 227-238.

[60] S. S. Luthar, "Resilience in Development: a Synthesis of Research Across Five Decades", en D. Cicchetti y D. Cohen [eds.], *Developmental Psychopathology*, vol. 3, Nueva York, Wiley, 2006, pp. 739-795.

[61] *Ibid*.

[62] D. Cicchetti, "Resilience under Conditions of Extreme Stress: A Multilevel Perspective", *World Psychiatry,* 9, 2010, pp. 145-154.

[63] D. Baumrind, "Socialization and Instrumental Competence in Young Children", *Children*, 26, 2, 1970, pp. 104-119; D. Baumrind, "Harmonious Parents and their Preschool Children", *Developmental Psychology*, 41, 1, 1971, pp. 92-102.

eminente psicóloga tienen ya más de cuarenta años, todavía son un referente importante para entender esa relación dinámica entre los padres y sus hijos e hijas que tercia los fundamentos sociales de la construcción del yo.[64] Sus estudios pioneros siguen guiando la investigación contemporánea en esa área aunque ahora se conceptualiza esa relación no de manera unidireccional sino bidireccional, es decir no sólo los padres influyen en sus hijos e hijas sino que éstos y éstas también influyen en los estilos comunicativos de los padres.[65]

Sus hallazgos ponen de relieve la relación que existe entre estilos parentales y aspectos importantes del desarrollo emocional de los niños y niñas como son las conductas de sociabilidad, la seguridad en sí mismos, el logro, el autocontrol y la empatía.[66] Todas esas dimensiones tienen que ver con la competencia instrumental de los niños y las niñas relativa a la consecución de metas anticipadas y tienen una relevancia importante para aquellos niños, niñas y adolescentes que están contemplando migrar hacia los Estados Unidos de manera indocumentada. Dicho de otra manera, los menores que en su tempranos años introyectan una identidad migrante, disminuirían los riesgos y peligros asociados a la migración irregular si han desarrollado las competencias sociales antes

[64] G. C. Henao López, C. Ramírez Palacio y L. A. Ramírez Nieto, "Las prácticas educativas familiares como facilitadoras de proceso de desarrollo en el niño y niña", *El Agora USB*, 7, 2, 2007, pp. 223-240; L. Vigotsky, *El desarrollo de los procesos psicológicos superiores*, Buenos Aires, Grijalbo, 1979.

[65] N. Darling y L. Steinberg, "Parenting Style on Context: An Integrative Model", *Psychological Bulletin*, 113, 1993, pp. 487-496; M. Kerr, H. Stattin y Özdemir, Perceived Parenting Style and Adolescent Adjustment: Revisiting Directions of Effects and the Role of Parental Knowledge", *Developmental Psychology*, 48 6, 2012, pp. 1540-1553; H. Lytton, "Toward a Model of Family-Environmental and Child-Biological Influences on Development", *Developmental Review*, 20, 2000, pp. 150-179; A. Pardini, "Novel Insights into Longstanding Theories of Bidirectional Parent-Child Influences: Introduction to the Special Section", *Journal of Abnormal Child Psychology*, 35, 2008, pp. 627-631.

[66] Henao López, Ramírez Palacio y Ramírez Nieto, *op. cit.*

descritas. Esto es particularmente importante para aquellos menores que, habiendo migrado sus padres, quedan al cuidado de familiares. Se identifican tres estilos comunicacionales y de normatización: equilibrado, autoritario y permisivo. En particular, la evidencia empírica es bastante consistente en identificar el estilo comunicacional equilibrado (padres que utilizan un control firme pero lo acompañan con muestras importantes de cariño y amor y comprensión) en lograr niños y niñas más estable, consistentes y responsables.[67]

Prestar atención al desarrollo emocional durante la adolescencia es importante para entender el impacto que sobre él tiene la ausencia de los padres que han emigrado. Conviene recordar que en esta etapa del desarrollo las relaciones con los adultos tienden a ser ambivalentes.[68] Con frecuencia los y las adolescentes se oponen a ese mundo adulto, a sus valores, al control que ejerce sobre sus vidas, pero también lo imitan, principalmente en aquellas áreas de las relaciones sociales donde hay menos claridad y precisión.[69] En definitiva esa etapa se vive entre dos polos opuestos que con frecuencia generan conflicto: *a)* una mayor independencia, que implica la disminución de la influencia de los padres en áreas cada

[67] G. C. Henao López y M. C. García, "Interacción familiar y desarrollo emocional en niños y niñas", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 7, 2, 2009, pp. 785-802.

[68] E. V. E. Hodges, R.A. Finnegan y D.G. Perry, "Skewed Autonomy-Relatedness in Preadolescents' Conceptions of their Relationships with Mother, Father and Best Friend", *Developmental Psychology*, 35, 1999, pp. 737-748; A. Parra y A. Oliva, "Un análisis longitudinal sobre las dimensiones relevantes del estilo parental durante la adolescencia", *Infancia y Aprendizaje*, 2006, pp. 453-470; R. L. Paikoff y J. Brooks-Gunn, "Do Parent-child Relationships Change During Puberty?", *Psychological Bulletin*, 110, 1991, pp. 47-66.

[69] B. Delgado Egido y A. Felipe Contreras, *El desarrollo emocional del adolescente*, en B. Delgado Egido [coord.], *Psicología del desarrollo*, Madrid, McGraw-Hill, 2008, pp. 35-66; Sánchez Queija, I., "El desarrollo emocional del adolescente", en B. Delgado Egido [coord.], *Psicología del desarrollo*, Madrid, McGraw-Hill, 2008, pp. 115-136.

vez más amplias y *b)* el aumento de la influencia de los pares con los que se tiene puntos de vista compartidos pero que discrepan del mundo adulto.[70]

La adolescencia es el momento donde se acrecienta la capacidad crítica hacia los padres, se transforma el vínculo de apego típico de la niñez hacia una mayor autonomía,[71] se deteriora la comunicación y se multiplican las interrupciones de la conducta del adolescente por la intervención de los padres.[72] Se puede fácilmente colegir que la adolescencia puede ser particularmente difícil en aquellas circunstancias donde, por un lado, la ausencia de los padres por razón de su migración esté poblada de recriminaciones y resentimientos y, por otro lado, la destreza de los tutores que hacen la vez de padres al lidiar con los problemas asociados a la adolescencia esté, con frecuencia, puesta a prueba. Y si el estilo parental es poco comunicativo y autoritario, una situación de por sí complicada deviene particularmente difícil para el niño, niña o

[70] E. Esnaola Etxaniz, "Desarrollo del autoconcepto durante la adolescencia y principios de la juventud", *Revista de Psicología General y Aplicada*, 58, 2, 2005, pp. 265-277; I. Sánchez Queija, "El desarrollo emocional durante la adolescencia y la primera juventud", en S. Mariscal Altares [coord.], *El desarrollo psicológico a lo largo de la vid*a, Madrid, McGraw-Hill/UNED, 2009, pp. 281-282.

[71] A. Oliva y A. Parra, "Contexto familiar y desarrollo psicológico durante la adolescencia", en A. Arranz [ed.], *Familia y desarrollo psicológico*, Madrid, Prentice-Hall/Pearson Educación, 2004.

[72] A. Oliva Delgado, "Relaciones familiares y desarrollo adolescente", *Anuario de Psicología*, 37, 3, 2006, pp. 209-223; A. Oliva y A. Parra, "Contexto familiar y desarrollo psicológico durante la adolescencia", en E. Arranz [ed.], *Familia y desarrollo psicológico*, Madrid, Prentice-Hall/Pearson Educación, 2004, pp. 96-123; Oliva, A., A. Parra y T. Sánchez-Queija, "Relaciones con padres e iguales como predictoras del ajuste emocional y conductual durante la adolescencia", *Apuntes de Psicología*, 20, 2002, pp. 3-16; A. Parra y A. Oliva, "Un análisis longitudinal sobre las dimensiones relevantes del estilo parental durante la adolescencia", *Infancia y Aprendizaje*, 2006, pp. 453-470; J. G. Smetana, "Adolescent-Parent Conflict: Resistance and Subversion as Developmental Process", en L. Nucci, [ed.], *Resistance, Subversion and Subordination in Moral Development*, Mahwah, NJ, Erlbaum, 2005, pp. 69-91.

adolescente. Hay que recordar que el control firme acompañado de amor, afecto y comprensión, característico del estilo parental equilibrado, puede ayudar al menor a transitar exitosamente esta etapa del desarrollo en ausencia de sus progenitores.

La reunificación familiar

La otra cara de la separación debido a procesos migratorios es la reunificación familiar. Así como la separación por causa de la migración de los padres tiene asociadas algunas dificultades para el niño o la niña, la reunificación no está exenta de las propias. Por un lado, el menor que se reúne con sus padres ve desestabilizados sus lazos afectivos con los que cuidaron de él o ella. Por otro lado, el menor puede experimentar presión para consolidar o profundizar unos lazos afectivos que, en el mejor de los casos carecen de historia cotidiana y, en el peor de ellos, están impregnados de sentimientos negativos. En esta circunstancia el hijo o la hija que se reúne con uno de sus padres con frecuencia encuentra, si el tiempo de la separación ha sido largo, que su padre o madre ha reconstituido su hogar. Hay otras personas que son verdaderos extraños para el menor pero tiene que convivir con ellos al mismo tiempo que se le solicita mantener unos lazos afectivos que se experimentan forzados.[73] Relacionarse con nuevos hermanos o hermanas que no conocen o con la nueva pareja el compañero de unos de los padres no está exento de tensiones y conflictos.

Hay aquí todo un proceso largo y complicado de re-adaptación[74] en donde las madres y padres con quienes se han reunifica-

[73] G. Forman, "Women without their Children: Immigrant Women in the US", *Development*, 4, 1993, pp. 51-55.

[74] I. García Borrego, *Herederos de la condición inmigrante: adolescentes y jóvenes en familias madrileñas de origen extranjero*, Tesis Doctoral, UNED, 2008; Pavez-Soto, I. y R. Alcalde-Campos, "Infancia, familias 'monomarentales e inmigración latino-

do los menores están mal preparados. Preferencias percibidas por los menores hacia otros miembros de la familia reconstituida (otros niños, pareja) hará que el proceso de adaptación sea dificultoso. Esta dificultad se acrecienta pues en el lugar de destino el niño o niña tiene una red de apoyo social debilitada: se encuentra lejos de los referentes culturales que le habrán ayudado anteriormente a solventar situaciones difíciles y no tiene la presencia física de sus amigos y familiares en su país de origen.[75] El niño o la niña suele añorar la presencia y apoyo emocional del familiar bajo cuyo cuidado creció en ausencia de sus padres y con los cuales pudo desarrollar lazos de apego típicamente asociados a los que los niños o niñas tienen con su madre o padre.[76]

Hay evidencia que señala que los adolescentes experimentan más dificultad en adaptarse a esta nueva situación familiar que los niños y niñas menores, y que son los hijos e hijas que migraron juntos con sus padres a los Estados Unidos los que experimentan menos dificultades en la reunificación cuando se les compara con aquellos que siguieron a sus padres después.[77] La explicación de este efecto es relativamente sencilla: comparada con la niñez, la adolescencia se caracteriza por cambios profundos en la identidad de la persona, y es la etapa donde se examina con mucha detención la calidad de la relación con los padres y, con frecuencia,

---

americana en Barcelona: los cambios generacionales de las niñas y los niños", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, 13, 2, 2013, pp. 71-81; C. Suárez-Orozco e I. L. G. Todorova, "The Social World of Inmigrant Youths", *cit.*

[75] D. T. Sciarra, "Intrafamilial Separations in the Immigrant Family: Implications for Cross-Cultural Counseling", *Journal of Multicultural Counseling and Development*, 27 18, 1999, pp. 30-41.

[76] Suárez Orozco y Todorova, "The Social World of Inmigrant Youths", *cit.*

[77] C. J. Adams, "Integrating Children into Families Separated by Migration: a Caribbean-American Case Study", *Journal of Social Distress and the Homless*, 9, 2000, pp. 19-27; D. A. Baptiste *et al.*, "Family Therapy with English Caribbean Immigrant Families in the United States: Issues of Emigration, Immigration, Culture, and Race", *Contemporary Family Therapy*, 19, 1997, pp. 337-359.

esta relación entra en crisis aun en circunstancias "normales". Por otro lado, aquellos menores que migraron junto con sus padres no experimentaron la separación de estos y, además, el proceso migratorio mismo —particularmente si es indocumentado— provee experiencias comunes singulares que han podido dar muestra del profundo cuido de parte de los progenitores. Si bien esa evidencia viene de estudios donde las familias son del Caribe y, por lo tanto, su lengua materna es inglés, creemos que es fácilmente extrapolable a las familias centroamericanas ya que la dimensión de interés no se centra en el idioma sino en la relación entre los progenitores y sus hijos e hijas.

Por otro lado, como con frecuencia los niños y niñas centroamericanos se reúnen con sus padres que viven indocumentadamente, éstos tienen una rutina de trabajo que, con frecuencia, les obliga a ausentarse por largas horas del hogar. La ausencia del hogar como consecuencia de estas obligaciones laborales puede experimentarse por el menor como nuevo abandono. Esta percepción de abandono puede vivirse con mayor dificultad toda vez que el menor no haya encontrado formas sociales de adaptación en el país de destino y esté lejos de los apoyos emocionales que tenía en el país de origen. De esta forma, la legitimidad parental queda en entredicho creando tensiones generacionales que con frecuencia la madre o el padre intenta solucionar imponiendo una disciplina, dificultando todavía más la recomposición de los lazos familiares.[78]

Aunado a la pérdida de la seguridad que le proveían sus "padres substitutos", también pierde todo lo que le era familiar en su cultura de origen (lengua, comunidad, y sistema social). Como Pottinger señala, estas pérdidas se dan precisamente en etapas evolutivas donde la identidad y el sentido de pertenencia adquieren

[78] Suárez-Orozco y Todorova, "The Social World of Inmigrant Youths", *cit.*, p. 136; I. Pavez-Soto y R. Alcalde-Campos, "Infancia, familias 'monomarentales e inmigración latinoamericana en Barcelona: los cambios generacionales de las niñas y los niños", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, 13, 2, 2013, pp. 71-81.

un protagonismo importante.[79] Así, la reunificación familiar es una experiencia compleja que no deja de estar exenta de la percepción de abandono, reclamos por ambas partes, soledad, tensiones y desencantos. Sin embargo, y aun cuando las dificultades que se apuntan puedan ser grandes, algunos menores con frecuencia manifiestan un sentido de bienestar ya sea porque las coordenadas culturales se alinean positivamente para ellos con un proyecto de vida de mejor calidad, o porque la añoranza de una relación con el padre o la madre puede verse satisfecha.

Autonomía

Al considerar las relaciones de niños, niñas y adolescentes con sus padres, el fomento de la autonomía es una dimensión importante. En sentido general, la autonomía se refiera a la diferenciación emocional y cognitiva y comportamental que los menores tienen respecto a sus padres[80] que les permite desarrollar una identidad y ubicarse en su contexto con valores, metas y actuaciones propias.[81] Es el producto de unas negociaciones cubiertas y encubiertas entre los deseos explícitos e implícitos de los padres y de los menores en una amplia gama de circunstancias concretas y simbólicas y que desembocan en la autodeterminación del niño, niña o adolescente.[82]

[79] A. M. Pottinger, "Childrens' Experience of Loss by Parental Migration in Inner-City Jamaica", *American Journal of Orthopsychiatry*, 75, 2005, pp. 485-498.

[80] K. B. McElhaney, J. P. Allen, J. C. Stephenson y A. Hane, "Attachment and autonomy", en R. Lerner y L. Steinberg [eds.], *Handbook of Adolescent Psychology*, Nueva York, Wiley, 2009, pp. 358-403.

[81] S. Van Petegem, "On the Association between Adolescent Autonomy and Psychosocial Functioning: Examining Decisional Independence from a Self-Determination Theory Perspective", *Developmental Psychology*, 48, 1, 2012, pp. 76-88.

[82] R. M. Ryan y E. L. Deci, "Self-Determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development, and Well-Being", *American Psychologist*, 55, 2000, pp. 68-78.

Conviene recordar que el deseo de autonomía no es un rechazo al control parental sino que, fundamentalmente, tiene relación con la identidad y agencia del adolescente.[83] La autonomía es de particular importancia cuando consideramos las características que puedan permitir a la niñez que tiene una identidad migrante desarrollar las competencias psicosociales que le permitan afrontar las dificultades asociadas a todas las etapas de la migración.

La literatura es bastante consistente en señalar la importancia de la autonomía para el desarrollo de la autoestima, las competencias instrumentales que permiten una relación positiva con el medio ambiente social y el sentido sano de la exploración de capacidades internas asociadas con el bienestar psicológico.[84] Es igualmente consistente en señalar que la autonomía es facilitada por un estilo parental que es cálido y brinda apoyo a las peticiones y expectativas de independencia que el niño o niña va demostrando a medida que va creciendo.[85] Investigaciones empíricas[86] identifican cambios en las creencias tanto de los adolescentes como de

[83] C. C. Helwig, "The Development of Personal Autonomy throughout Cultures", *Cognitive Development*, 21, 2006, pp. 458-473; J. G. Smetana, "Culture, Autonomy, and Personal Jurisdiction in Adolescent-Parent Relationships", *Advances in Child Development and Behavior*, 29, 2002, pp. 51-87.

[84] J. G. Smetana y M. Villalobos, "Social Cognitive Development in Adolescence", en R. M. Lerner y L. Steinberg [eds.], *Handbook of Adolescent Psychology, vol. 1. Individual Bases of Adolescent Development*, Hoboken NJ, 2009, pp. 187-228; M. Zimmer-Gembeck y W. A. Collins, "Autonomy Development during Adolescence", en G. A. Adams y M. D. Berzonsky [eds.], *Blackwell Handbook of Adolescence*, Malden, Blackwell, 2003, pp. 175-204.

[85] C. Daddis, "Desire for Increased Autonomy and Adolescents' Perception of Peer Autonomy: 'Everyone Else Can; Why Can't I'", *Child Development*, 82, 4, 2011, pp. 1310-1326; Fuligni, A. J., "Authority, Autonomy and Parent-Adolescent Conflict and Cohesion", *Developmental Psychology*, 34, 1998, pp. 782-792.

[86] J. G. Smetena, "Culture, Autonomy, and Personal Jurisdiction in Adolescent-Parent Relationships", *Advances in Child Development an Behavior*, 29, 2002, pp. 51-87; J. G. Smetena y P. Asquith, "Adolescents' and Parents' Conceptions of Parental authority and Adolescent Autonomy", *Child Development*, 65, 1994, pp. 1147-1162.

los padres, sobre aquellos aspectos de la vida de los menores que se consideran legítimamente bajo el control de los padres.

Esos estudios llegan a dos grandes conclusiones respecto a los cambios. Primero, que con la edad se expanden los ámbitos de decisión sobre los cuales se reconocen que sean los mismos adolescentes los que jueguen el papel más protagónico. Así, con el desarrollo evolutivo son los mismos hijos los que creen que deben ser ellos los que deben decidir sobre más cosas de su vida, lo que, en muchos casos, cuenta con la aprobación de sus progenitores. Esto es importante en el tema de la migración indocumentada, ya que a medida que el niño o niña va desarrollando su autonomía, mayor es la expectativa tanto de ellos como de sus padres de que sea el menor quien decida si emprende camino o no. El padre o la madre concuerda facilitando el recurso económico que valide esa decisión. Segundo, que estos cambios en las creencias son selectivos, es decir, no se aplican a todos los ámbitos de la vida del menor. Los adolescentes no muestran mayor resistencia a la autoridad parental en cuestiones relativas a la moral o los hábitos que garantizan la convivencia social. Quedan, sin embargo, exentas, en la mente del adolescente todas aquellas cosas que atañen a la seguridad personal a los gustos y preferencias. De nuevo, al considerar los riesgos y peligros asociados a la migración irregular, cuanto mayor sea la edad de los menores y se acerquen a la mayoría de edad, mayor será el convencimiento de que esta decisión debe de estar en manos del menor mismo. Cuando este convencimiento no es compartido, sobre todo en lo que atañe el tema de seguridad, entonces se crean tensiones y será necesario renegociar los límites de la autoridad parental.[87]

En otras palabras, en lo que respecta al desarrollo de la autonomía hay dos elementos a considerar. Primero, que la autonomía

[87] J. G. Smetana y P. Asquith, "'Adolescents and Parents' Conceptions of Parental Authority and Adolescent Autonomy", *op. cit.*, pp. 1147-1162.

aprovisiona al niño, niña o adolescente de aquellas habilidades que en el futuro le permitirán vadear dificultades con mayor destreza y éxito. Segundo, que la autonomía no es un concepto estático, es decir, que se posee —o no— en determinada etapa evolutiva, sino que es consecuencia de la interacción dinámica con los padres y que precisa de negociaciones constantes, en las cuales juega un papel importante la edad de los menores. Parece ser que para la autonomía se precisan escenarios cotidianos de interacción personal que vayan delineando esa agenda filio-parental. Si bien es cierto que los niños y niñas de padres migrantes los dejan al cuido de familiares —típicamente la abuela— que ejercen el papel parental substituto, está aún por determinarse si lo pueden hacer igual que los mismos padres. La pregunta surge por dos razones: *a)* la brecha de edad entre abuela y nietos es mayor que entre hijos e hijos y sus padres, y la brecha generacional puede incidir en el fomento de la autonomía; y *b)* porque el incremento de la violencia social lleva a los que ejercen la tutela de los menores a intentar tener mayor control sobre ellos, limitando las oportunidades sociales que fomentan la autonomía.

¿Qué características de la autonomía pueden ser especialmente relevantes para la niñez migrante? La autonomía está ligada a la regulación emocional y a la competencia social, ambas características tienen efectos positivos en la adaptación a contextos novedosos o rápidamente cambiantes, como los asociados a las distintas fases de la migración indocumentada. La regulación emocional se refiere a aquellos procesos psicológicos que permiten modular las emociones y las motivaciones como consecuencia de cambios en el medio ambiente psicosocial y/o físico[88] por medio de la inhibición de respuestas dominantes y la activación de res-

[88] N. Eisenberg, C. Hofer y J. Vaughan, "Effortful Control and its Socioemocional Consequences", en J. J. Gross [ed.], *Handbook of Emotion Regulation*, Nueva York, Guilford, 2007, pp. 287-306.

puestas menos dominantes pero, al final, más adaptativas.[89] Incluye capacidades relacionadas tales como el esfuerzo intencional (persistencia en actividades relacionadas con el alcance de metas deseadas a pesar de las dificultades) y el funcionamiento ejecutivo, es decir, la capacidad de identificar deliberadamente y sostener procesos cognitivos pertinentes a la meta por medio de cambios en los procesos de atención y el mantenimiento de la flexibilidad cognitiva.[90]

La competencia social tiene relación con el desarrollo de destrezas que permiten un adecuado ajuste entre los deseos y preferencias personales y los requerimientos sociales. Tiene que ver, además, con la habilidad de propiciar una comunicación apropiada y efectiva en las relaciones interpersonales, con la capacidad de inhibir la impulsividad en situaciones de conflicto interpersonal, y con el mantenimiento de conductas orientadas al logro de metas.[91] En la base del desarrollo de la competencia social se encuentran importantes habilidades cognitivas complejas tales como la planificación, la organización y el automonitoreo. Todas esas habilidades son esenciales para identificar fuentes de estrés y tensión. Son, igualmente, necesarias para evaluar las estrategias utilizadas en el pasado para lidiar con esas tensiones, y para identificar estrategias de afrontamiento y de solución de problemas adecuadas para disminuir el impacto del estrés. No hay que olvidar que dentro de todo el proceso migrante la niñez migrante experimentará estrés asociado a la separación de amigos, familiares, y costumbres.

[89] Rothbarth, M. K., y J. E. Bates "Temperament", en W. Damon, R. M. Lerner y N. Eisenberg [eds.], *Handbook of Child Psychology*, *vol. 3. Social, Emotional and Personality Development*, 6a ed., Nueva York, Wiley, 2006, pp. 99-166.

[90] M. K. Garon, S. E. Bryson y I. M. Smith, "Executive Functioning in Preschoolers: A Review Using an Integrative Framework", *Psychological Bulletin*, 134, 2088, pp. 31-60.

[91] N. R. Riggs *et al*., "Executive Function and the Promotion of Social-Emotional Competence", *Journal of Applied Developmental Psychology*, 27, 2006, pp. 300-309.

Igualmente, el estrés es parte del viaje indocumentado mismo, que está lleno de peligros e incertidumbres. Está presente también en el proceso de adaptación en el país de destino, el denominado estrés aculturativo,[92] es decir, el que está presente en la aculturación norteamericana para aquellos menores que han viajado a los Estados Unidos.

Niñez migrante acompañada o no acompañada

La literatura académica y los resultados de diversas investigaciones sobre migración de menores, los datos estadísticos recabado por los distintos Estados por donde se da la migración irregular de la niñez y la discusión sobre las necesidades de protección internacional de la niñez migrante promovida por distintos organismos internacionales identifican un sujeto denominado, variadamente, niño o niña migrante no acompañado, niñez desplazada, niñez no acompañada y separada, o niñez extranjera no acompañada (*Unaccompanied Alien Children*, UAC, en la terminología de las instituciones migratorias de los Estados Unidos). Esa denominación hace resaltar el hecho de que algunos menores emprenden el viaje en compañía de familiares, que lo hacen con la intención manifiesta de proteger al menor. Pero muchos otros niños, niñas y adolescentes emprenden el viaje indocumentado hacia los Estados Unidos sin el acompañamiento de algún familiar. Así, la persona que puede acompañar al menor puede ser su padre/madre o familiar cercano, o un desconocido que se hace pasar por tal o que no

[92] J. W. Berry, "Immigration, acculturation, and adaptation", *Applied Psychology: An International Review, 46*, 1997, pp. 5-34; J. W. Berry, Y. H. Poortinga, M. H. Segall y P. R. Dasen, *Cross-cultural Psychology Research and Implications*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992; C. García Coll y A. K. Marks, *Immigrant Stories: Ethnicity and Academics in Middle Childhood*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

manifiesta una relación cercana con el o la menor a no ser una relación efímera. Pero, esta caracterización, igualmente, esconde el hecho que el acompañamiento no necesariamente libra a los menores de los peligros y riesgos que les acechan en la ruta migratoria. El familiar adulto que acompaña al menor está expuesto a peligros similares a los que puede experimentar el o la menor ya sea por su similar dependencia de terceros durante el trayecto o porque muchas actuaciones de protección personal del adulto resulten ineficaces en lugares desconocidos y poblados por personas depredadoras.

En efecto, un gran porcentaje de la niñez migrante centroamericana emprende el viaje indocumentado en compañía de coyotes que se alternan con otro tipo de guías en el camino. Ese acompañante no necesariamente está velando por la integridad física y psicológica de la niñez, la que se encuentra en situaciones de alta vulnerabilidad durante el trayecto. El niño, niña o adolescente es cosificado como mercancía por estos personajes, que no dudan en abandonarlos, abusarlos, venderlos a terceras personas, prostituirlos, entregarlos a grupos delincuenciales, según las eventualidades del trayecto vayan dictando.[93] Los niños, niñas o adolescentes que han asumido una identidad migrante aun antes de que se dé el viaje indocumentado y su padres que alientan el viaje con la idea de obtener una reunificación familiar, conocen de estos riesgos aunque no está claro que este conocimiento se constituya, consecuentemente, como un elemento disuasorio.

Por otro lado, convendría tomar una postura crítica sobre el mismo concepto de acompañamiento, que típicamente implica la presencia de un adulto, ya que algunos menores viajan en compañía de otros niños o niñas que pueden ser familiares o no. En nues-

[93] M. Gaborit, M. Zetino, L. Brioso y N. Portillo, *La esperanza viaja sin visa: jóvenes y migración indocumentada de El Salvador*, San Salvador, UNFPA-UCA, 2012.

tras investigaciones en curso[94] hemos encontrado que, por relatos de terceras personas y por lo manifestado por menores deportados desde México, algunos menores viajan en compañía de un familiar menor, típicamente varón. Igualmente, el concepto de acompañamiento a la postre no permite diferenciar entre contrabando de personas y trata de personas. Efectivamente, la falta de acompañamiento puede representar para el o la menor la exposición a riesgos altos para su integridad física y/o psicológica. El acompañamiento, sin embargo, no libera a los menores de esos riesgos. El dominio de la distinción entre menores acompañados o no acompañados es más legal que psicosocial. Ayuda a identificar las actuaciones de los distintos Estados para proteger los derechos de los menores o para iniciar acciones de protección internacional, pero no es muy útil para explicar el impacto psicosocial que la migración irregular tiene sobre la niñez centroamericana.

El estrés aculturativo

Como ya se ha indicado, el proceso de adaptación de los menores una vez que se han instalado en el nuevo país —Estados Unidos para muchos de ellos— conlleva una serie de negociaciones explícitas e implícitas, comportamentales y simbólicas, orientadas a asegurar el buen funcionamiento cotidiano, la salud mental y la identidad, personal y social[95] al mismo tiempo que garantizan la seguridad personal. La incidencia de ese estrés aculturativo inicia con fuerza muy pronto después de la llegada de los menores y se prolonga, con altos y bajos, a lo largo de su estancia. Para algunos menores nunca desaparece, mientras que para otros disminuye

[94] Datos preliminares de la investigación: *Atrapados en la tela de araña: la migración irregular de niñas y niños salvadoreños hacia los Estados Unidos*. Informe de investigación presentado a la Fundación Ford, marzo de 2014.

[95] Suárez-Orozco, *op. cit.*, pp. 579-589.

considerablemente con los procesos de asimilación cultural. Esta característica es consonante con el concepto de estrés agudo, distinguido por ser de corta duración, y estrés crónico, definido por su larga duración.[96] Se está en situaciones estresantes cuando existe un desequilibrio entre las demandas ambientales y las respuestas de la persona.

En términos generales, el estrés aculturativo agudo tendría que ver con las razones de la salida del país, el viaje mismo y el *shock* cultural experimentado en el nuevo país. El estrés aculturativo crónico y múltiple estaría relacionado con las dificultades asociadas a no conocer el idioma del nuevo país, los nuevos roles que se tienen que asumir, el cambio de estatus, el racismo y la xenofobia que, con frecuencia, se experimenta de manera sutil, las condiciones relacionadas con la vivienda y el empleo, además de una serie de pequeñas inconveniencias recurrentes (*daily hassles*, como lo identifica la literatura psicológica,)[97] que sumadas se traducen en estrés acumulativo y cotidiano. Algunos de esos estresores pueden estar bajo el control de la persona, como es el aprender el idioma o encontrar la forma más expedita y segura para trasladarse al lugar de trabajo. Otros son más situacionales y tienen relación con la cultura del nuevo país, como es el racismo, la estereotipificación negativa,[98] la xenofobia, la marginalidad o la percepción de que el migrante

[96] J. E. Dimsdale *et al*., "Stress and Psychiatry", en Benjamin J. Sadock y V. A. Sadock [eds.], *Kaplan and Saddock's Comprehensive Textbook of Psychiatry*, vol. 2, Philadelphia, Lippincott Williams y Wilkins, 2005, pp. 2180-2195.

[97] T. Cassidy, "Stress, Healthiness and Health Behaviors: An Exploration of the Role of Life Events, Daily Hassles, Cognitive Appraisal and the Coping Process", *Counselling Psychology Quarterly*, 13, 2000, pp. 293-311.

[98] R. Mahalingam, *Cultural Psychology of Immigrants*, Mahwah, NJ, Erlbaum, 2006; R. G. Rumbaut y A. Portes, "Ethnogenesis: Coming of Age Immigrant America", en R. G. Rumbaut y A. Portes [eds.], *Ethnicities: Children of Immigrants in America*, Berkeley, University of California Press, 2001, pp. 1-19.

indocumentado es ilegal y no debería gozar de la protección social de todos los ciudadanos, la marginalidad y la discriminación.[99]

Para entender el estrés aculturativo nos centramos en la adolescencia, pues es en ella donde las personas tienen que decidir las normas culturales con las cuales se identifican y los grupos que van a ser referentes.[100] Para una persona joven en proceso de formación de su identidad y que se encuentra en contextos culturales a todas luces foráneos, como es el caso de la niñez migrante, ese estrés aculturativo puede adquirir proporciones grandes. Mena, Padilla y Maldonado,[101] por ejemplo, reportan riesgos para la salud mental de la niñez migrante en los Estados Unidos que se manifiesta en elevados síntomas de depresión, enojo y enajenación social.

En última instancia, el estrés aculturativo se refiere a todos los desafíos que el o la migrante tiene que enfrentar al hacer la comparación entre el país de origen y el nuevo país,[102] y las diferencias que surgen relativas al valor de la persona, el bienestar, la red de apoyo social, el significado del trabajo y el ocio. Con frecuencia estas diferencias se sobredimensionan, lo que aumenta el estrés

[99] S. J. Schwartz, M. J. Montgomery y E. Briones, "The Role of Identity in Acculturation among Immigrant People: Theoretical Propositions, Empirical Questions, and Applied Recommendations", *Human Development*, 49, 2006, pp. 1-30.

[100] E. Erikson, *El ciclo vital completado*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2000; Fine, M. y S. R. Sirin, "Theorizing Hyphenated Selves: Researching Youth Development in and Across Contentious Political Contacts", *Social and Personality Psychology Compass*, 1, 2007, pp. 16-38; J. S. Phinney, "The Multigroup Ethnic Identity Measure: A New Scale for Use with Diverse Groups", *Journal of Adolescent Research*, 7, 1992, pp. 156-176; Phinney, J. S., "Ethnic Identity in Adolescents and Adults: Review of Research", *Psychological Bulletin*, 108, 1990, pp. 499-514.

[101] F. J. Mena, A. M. Padilla y M. Maldonado, "Acculturative Stress and Specific Coping Strategies among Immigrant and Later Generation College Students", *Hispanic Journal of Behavioral Sciences*, 9, 1987, pp. 207-225.

[102] J. Berry, "Immigration, Acculturation, and Adaptation", *Applied Psychology: An International Review*, 46, 1997, pp. 5-34; J. Berry *et al.*, *Cross-cultural Psychology Research and Implications*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992.

y sentido de malestar que experimenta la persona. Tal estrés surge de las distintas dimensiones del proceso de aculturación tales como aprender nuevas y confusas reglas culturales, las tensiones que emanan de las relaciones interpersonales con la nueva cultura y la dolorosa decisión de dirimir qué elementos culturales del país de origen mantener y cuáles del nuevo país aceptar o incorporar.[103] Debido al creciente aumento de rechazo migrante de algunos segmentos de la sociedad estadounidense que se manifiesta en un clima hostil para los migrantes, no es predecible una disminución del estrés aculturativo.[104] De esta forma, como lo nota Sirin, el estrés aculturativo involucra no sólo las tensiones al negociar las diferencias culturales, sino que a eso hay que agregarle los desafíos asociados a la discriminación y prejuicio en el nuevo país, que ya no se antoja como país de acogida.[105]

Sin embargo, hay que considerar el proceso migratorio en toda su dimensión para poder entender el estrés aculturativo al que pudieran estar sometidos los menores migrantes. Todo proceso migratorio se mueve en un continuo que va desde las pérdidas hasta las ganancias, ambas pequeñas y grandes. Hemos señalado muchas de las pérdidas. Pero el alejarse de la violencia en su país de origen, ver la posibilidad de tener un proyecto de vida y mejores oportunidades, la reunificación familiar, la independencia económica, pueden convertirse en un contrapeso al estrés aculturativo y hacer que la migración se viva como ganancia. De esta manera, lo que a primera vista podría considerarse plagado de connotaciones negativas, para algunas personas con capacidad resiliente es algo que se vive muy positivamente.

[103] Berry, *op. cit.*; Suárez Orozco, *op. cit.*

[104] K. Deaux, *To be an Immigrant*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2006.

[105] Sirin, S. R. *et al.*, "The Role of Acculturative Stress on Mental Health Symptoms for Inmmigrant Adolescents: A Longitudinal Investigation", *Developmental Psychology*, 49, 4, 2013, pp. 736-748.

Berry[106] concibe el proceso de aculturación como estrategia global de la persona migrante para afrontar el proceso migratorio. Según el enfoque de este autor, el inmigrante puede terminar siendo integrado a la nueva cultura manteniendo elementos importantes de su propia cultura, llegando así a obtener un equilibro entre los distintos requerimientos culturales. El inmigrante sería asimilado si, adoptando la nueva cultura, termina abandonando la propia, identificándose con los valores, normas y costumbres de la cultura dominante y restándole valor e influencia a la cultura de su país de origen. Por otro lado, el inmigrante estaría separado si rechaza la cultura de la nueva sociedad al tiempo que hace esfuerzos importantes de conservar la cultura de origen. Finalmente, el inmigrante termina siendo marginado cuando abandona toda identidad cultural, lo que hace que no encuentre coordenadas culturales claras que lo ubiquen en los distintos roles que le incumben y le brinden una sentido dilatado de bienestar subjetivo. A pesar de que la argumentación teórica de Berry[107] no está exenta de críticas por lo que algunos autores señalan como escasa aplicabilidad práctica y excesiva conceptualización, creemos que es una perspectiva muy útil para entender las tensiones y resoluciones que caracterizan al estrés aculturativo.[108]

IV. Conclusiones

Si por algo destaca el fenómeno de la migración irregular de niños y niñas es sin duda por su indiscutible importancia socioeconómica y su creciente magnitud. La migración de menores de manera irregular hacia los Estados Unidos constituye un éxodo

[106] Berry, *op. cit.*

[107] *Ibid.*

[108] B. K. Finch, R. Frank y W. A. Vega, "Acculturation and Acculturative Stress: A Social Epidemiological Approach to Mexican Migrant Farmworkers' Health", *International Migrant Review*, 38, 1, 2004, pp. 236-262.

histórico que sólo aproximaciones idealistas y ofrecimientos demagogos consideran reversible. Dado que se trata de una tendencia de movilización poblacional profundamente enraizada y de larga data que se manifiesta bajo circunstancias extraordinarias —indocumentación, recursividad del desplazamiento, protagonismo de diversos actores, etc.— y que atañe a adultos y menores de edad, puede afirmarse que la tragedia global de fondo (guerra, exclusión, violencia delincuencial, etc.) y la que supone el viaje mismo (desarraigo, amenazas, aculturación, etc.) ya hacían de la migración indocumentada un fenómeno digno de atención. Hoy en día, el escenario contemporáneo de la transición demográfica reedita y subraya la necesidad de redoblar el interés que merece el fenómeno en sí y el bienestar de los niños y los jóvenes, de los que ya han salido y los que saldrán. De lo contrario, lo esperable sería el aumento, a corto plazo, de la sangría diaria suscitada por la violencia y el abandono del país y, a largo plazo, comprometer el desarrollo económico y social nacional. ¿Por qué? Porque, por negligencia y falta de visión de país, se vería desperdiciado ese bono demográfico, esas nuevas generaciones que, en condiciones ideales, deberían haberse visto resguardadas por las instituciones del país y los sistemas de salud y educación al grado de —tal vez— preferir quedarse en beneficio de la economía nacional y de los sectores dependientes (niños y adultos mayores) cuyo crecimiento augura la transición demográfica.

La complejidad y masividad del fenómeno obliga a ampliar el análisis multidisciplinario. Aquí se ha hablado desde la psicología social, perspectiva que hace eco del señalamiento previo pero, sobre todo, porque creemos menester enfatizar la importancia de la dimensión subjetiva en la trama compleja de la migración infantil irregular. Las coordenadas de análisis psicosocial presentadas —historicidad, dinamismo y dimensiones subjetivas y referidas al desarrollo del niño y la niña— ofrecen vías de discusión y criterios de análisis para tomar en cuenta que no hacen sino convocar el

necesario diálogo multidisciplinario o, cuando menos, el necesario e impostergable aporte que la psicología social debe hacer a este tipo de problemáticas.

De los argumentos presentados se desprenden implicaciones diversas para la niñez migrante en tanto objeto de estudio. A manera de recapitulación, pero también estirando algunas de las reflexiones hechas más arriba, es posible resaltar varios aspectos que la reflexión y la interés investigativo en torno a la niñez y la misma concepción de niñez en condición de migración indocumentada debe tomar en cuenta.

En primer lugar, de una u otra forma los abordajes conceptuales sobre la niñez transmiten una *visión encapsulada y estática* de la misma. El encapsulamiento está dado por la forma del abordaje: la niñez se traduce en una fotografía instantánea realizada desde coordenadas teóricas de la psicología evolutiva y desde el prisma conceptual de instituciones u organizaciones que se abocan al trabajo con la niñez. Este encapsulamiento se ve promovido por el irreflexivo concepto de niñez que se sustrae a las coordenadas históricas peculiares por la que ésta transita y porque acuerpa, sin mayor sentido crítico, un concepto de niñez universal. En cuanto a la visión estática, aunque algunas visiones incorporan el sentido de movimiento, éste está concebido linealmente y conlleva la noción de estadios, fases o etapas siempre progresivas. Es notable la ausencia del elemento de recursividad que caracteriza con frecuencia la experiencia de la niñez migrante que regresa al punto de origen sólo para iniciar el proceso de nuevo. Con frecuencia falta, igualmente, la noción dinámica propia de la ruta migratoria, de la configuración y reconfiguración de la identidad que confieren ciertos acontecimientos cuando éstos se vinculan a procesos sociohistóricos que transitan en la clandestinidad y al margen de los derechos fundamentales de las personas.

En segundo lugar, está *lo fluido y cambiante de la experiencia*, es decir, el carácter dinámico del ser niño centroamericano o niña centro-

americana; niñez vista no tanto delimitada por el constructo etario ni entendida por etapas evolutivas, sino definida, de manera importante, por la desubicación, el desenraizamiento y por las vicisitudes y acontecimientos de un viaje que no siempre se emprende de manera voluntaria. Esta experiencia se ubica en momentos importantes de perfilamiento y profundización de la identidad y no está exenta de situaciones traumáticas, aun cuando aparentemente el viaje pueda culminar exitosamente. Igualmente, esta experiencia se da desde unos entornos socio-históricos de marginación y exclusión social que hacen que el niño o la niña centroamericana —al menos los de Honduras, Guatemala y El Salvador— vayan introyectando una identidad migrante que opera y condiciona aún antes de que exista en su horizonte el deseo o la necesidad de migrar hacia los Estados Unidos.

En tercer lugar, la niñez se encuentra inmersa en *una trama de poder* que se escenifica en la forma de la decisión de migrar de manera indocumentada, las circunstancias de la misma y los intereses explícitos y velados de los distintos actores, entre los que juega un papel mínimo la voluntad del menor, el interés superior de la niñez y los derechos que le asisten. Aparecen actores con distinta valencia en el continuo de lo ético y la transparencia, cada uno de los cuales tienen sus propias intencionalidades que involucran a la niñez pero que no necesariamente toman en cuenta los deseos informados de los niños y la niñas y que trabajan impulsando dinámicas encontradas. De un lado aparecen la familia del menor (en los EEUU y en El Salvador), la comunidad de donde proviene el o la menor, la escuela, los Estados (de origen, de tránsito, de destino), y las organizaciones internacionales y locales (Iglesias, oficinas de migración, de protección a la niñez). Por otro lado aparece la red transnacional de tráfico ilegal de personas, el crimen organizado en sus distintas variantes (trata de personas, bandas de asaltantes, etc.).

En cuarto lugar, es obvio que la condición de migración indocumentada produce *un impacto profundo en la psicología y la iden-*

tidad de los menores en un lapso de tiempo relativamente corto. Este impacto está mediado por cierta vulnerabilidad ubicada en ese espacio donde coinciden las interacciones entre las personas, el historial personal y social del niño o la niña, y la edad de los menores cuando se activan los procesos de decisión y partida. La vulnerabilidad se ve alimentada por tres dinámicas interrelacionadas: *a)* la condición indocumentada misma que sitúa el proceso de migración en la *clandestinidad* y da pie para evidenciar las debilidades institucionales de los distintos Estados involucrados y para permitir la actuación de personas y grupos dedicados al tráfico y explotación de personas; *b)* la subjetividad de los menores aún en proceso de construcción y sometida a *situaciones extremas* de supervivencia; y *c)* la alta probabilidad de encontrarse en *riesgo* de verse expuesto a experiencias traumáticas y de explotación. Muchos de esos impactos serán, obviamente, negativos. Pero, como fue revisado, la amplia literatura sobre resiliencia documenta que algunos impactos podrán ser positivos.

En quinto lugar, hay que resaltar que *el proceso de migración es configurado y reconfigurado* por los distintos actores que entran en juego cuando se trata de niños y niñas, no siendo menor la configuración y reconfiguración de ese proceso por parte de la niñez. Las aprehensiones, expectativas, inoculaciones cognitivas, y planes diversos crean un escenario donde la niñez se entiende y se construye a sí misma y articula ese espacio dual subjetivo/objetivo donde se descubren carencias y fortalezas tanto personales, comunitarias, institucionales, sociales y estatales. En esta configuración y reconfiguración del proceso de migración indocumentada por parte de los niños y las niñas, junto con el género o alcanzar cierto grado de escolaridad, parece juegar un papel importante la edad de los menores.

En sexto lugar, es importante anotar que en la experiencia de los niños y niñas indocumentados *aparecerán factores de riesgo y protección* —antes, durante y después de haber finalizado uno de los ciclos de la migración— pero no como categorías dicotómicas que integran

unas características de uno u otro lado, sino como categorías dinámicas. La dinámica es tal que estos factores se acercan transmutándose de tal manera que lo que en un momento aparecía como factor de riesgo se convierte en determinadas circunstancias como factor de protección, y viceversa. La dinámica está alimentada por la fluidez del propio proceso de migración, la permeabilidad conceptual de los constructos mismos, y la capacidad agéntica de la niñez.

Finalmente, la niñez que aparece cuando se la estudia en condición de migración indocumentada visibiliza *una niñez que se desarrolla de manera transnacional*. Quedan desbordados los espacios culturales, legales, sociales de un estado o comunidad, para dar espacio a ejes multiculturales, multinacionales y pluridimensionales, incluyendo las múltiples identidades y la aculturación. La transnacionalidad se ubica en el centro mismo de la construcción de identidades, de las legalidades e ilegalidades, de la pertenencia familiar y la ubicación de las personas en ella, del retorno o repatriación forzada, y de la forma de entender los Estados sus obligaciones sociales y las relacionadas con los derechos humanos, de la actividad económica. Entender la niñez migrante es comprender su dimensión dialéctica transnacional y reconocerlo como parte de esa nueva persona centroamericana: la persona transmigrante.

V. Bibliografía

ACAN-EFE, "El miedo por la violencia define la vida de los niños salvadoreños", ONU, 17 de junio, 2013. Disponible en http://elmundo.com.sv/el-miedo-por-la-violencia-define-la-vida-de-los-ninos-salvadorenos-segun-onu.

Adams, C. J., "Integrating Children into Families Separated by Migration: A Caribbean-American Case Study", *Journal of Social Distress and the Homeless*, 9, 2000, pp. 19-27.

Alegría, M. *et al.*, "Looking beyond Nativity: The Relation of Age of Immigration, Length of Residence, and Birth Cohorts to the Risk of Onset of Psychiatric Disorders for Latinos", *Research in Human Development*, 4, 12, 2007, pp. 19-47.

Álvarez, J., "Se triplica cantidad de niños que viajan solos". Disponible en http://www.laprensagrafica.com/se-triplica-cantidad-de-ninos-que-viajan-solos Fecha de consulta: 10 de mayo de 2013.

Asociación Demográfica Salvadoreña, *Encuesta Nacional de Salud Familiar (FESAL-2008)*, 2009. Disponible en www.fesal.org.sv.

Baptiste, D. A. *et al.*, "Family Therapy with English Caribbean Immigrant Families in the United States: Issues of Emigration, Immigration, Culture and Race", *Contemporary Family Therapy*, 19, 1997, pp. 337-359.

Bauman, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Baumrind, D., "Socialization and Instrumental Competence in Young Children", *Children*, 26, 2, 1970, pp. 104-119.

_____, "Harmonious Parents and their Preschool Children", *Developmental Psychology*, 41 (1), 1971, pp. 92-102.

Berry, J., "Conceptual Approaches to Acculturation", en K. M. Chun, P. Balls Organista y G. Marín [eds.], *Acculturation: Advances in Theory, Measurement, and Applied Research*, Washington, American Psychological Association, 2001, pp. 17-38.

_____, "Immigration, acculturation, and adaptation", *Applied Psychology: An International Review, 46*, 1997, pp. 5-34.

_____ *et al.*, *Cross-cultural Psychology Research and Implications*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992.

Brooks, R. B., Children at Risk: Fostering Resilience and Hope, *American Journal of Orthopsychiatry*, 64 (4), 1994, pp. 545-553.

Burman, E., "Developmental Psychology and its Discontents", en D. Fox e I. Prilleltensky [eds.], *Critical Psychology. An Introduction*, Londres, Sage Publications, 1997, pp. 134-149.

Bushin, N., Researching Family Migration Decision-Making: A Children-in-Families Approach", *Population, Space y Place*, 15, 2009, pp. 429-443.

Cassidy, T. Stress, "Healthiness and Health Behaviors: An Exploration of the Role of Life Events, Daily Hassles, Cognitive Appraisal and the Coping Process", *Counselling Psychology Quarterly*, 13, 2000, pp. 293-311.

Cicchetti, D., "Resilience under Conditions of Extreme Stress: A Multilevel Perspective", *World Psychiatry,* 9, 2010, pp. 145-154.

_____, "Annual Research Review: Resilient Functioning in Maltreated Children —Past, Present and Future Perspectives", *Journal of Child Psychology and Psychiatry,* 54, 4, 2013, pp. 402-422.

_____, J. A. Blander, "A Multiple-Levels-of Analysis Perspective in Resilience: Implications for the Developing Brain, Neural Platicity, and Preventive Interventions", *Annals of the New York Academy of Science, 1094*, 2006, pp. 248-258.

Córdova, R., D. Burgos, V. Tablas y F. Rodríguez, "Las tendencias demográficas de la población adulta mayor y sus implicaciones para las políticas públicas en materia de seguridad social", *Cuadernos Salvadoreños de Población*, 3, 2010. Disponible en www.fundaungo.org.sv.

Craig, G., *Desarrollo psicológico*, México, Prentice Hall, 2001.

Crawford-Brown, C., *Factors Associated with Conduct-disorder in Jamaican Male Adolescents*, Rutgers University, 1993. Tesis.

_____ y Rattray, J. M., "Parent-child Relationships in Caribbean Families", en N. Boyd Webb y D. Lum [eds.], *Culturally Diverse Parent-child and Family Relationships*, Nueva York, Columbia University Press, 2001, pp. 107-130.

Daddis, C., "Desire for Increased Autonomy and Adolescents' Perception of Peer Autonomy: 'Everyone Else Can; Why Can't I'", *Child Development*, 82, 4, 2011, pp. 1310-1326.

Darling, N. y L. Steinberg, "Parenting style on Context: An Integrative Model", *Psychological Bulletin*, 113, 1993, pp. 487-496.

Deaux, K., *To be an Immigrant*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2006.

Delgado Egido, B. y Felipe Contreras, *El desarrollo emocional del adolescente*, en B. Delgado Egido [coord.], *Psicología del desarrollo*, Madrid, McGraw-Hill, 2008, pp. 35-66.

Dimsdale, J. E. *et al.*, "Stress and Psychiatry", en Benjamin J. Sadock y V. A. Sadock [eds.], *Kaplan and Saddock's Comprehensive Textbook of Psychiatry*, vol. 2, Philadelphia, Lippincott Williams y Wilkins, 2005, pp. 2180-2195.

Dirección General de Estadística y Censos (Digestyc), *VI Censo de Población y V de Vivienda*, San Salvador, Ministerio de Economía de El Salvador, 2007.

Domínguez, A. y A. Polo, "Migrantes potenciales mexicanos: sus motivaciones y actitudes hacia la aculturación", *Psicología Iberoamericana*, vol. 14, 2, 2006, pp. 57-62.

Eisenberg, N., C. Hofer y J. Vaughan, "Effortful Control and its Socioemocional Consequences", en J. J. Gross [ed.], *Handbook of Emotion Regulation*, Nueva York, Guilford, 2007, pp. 287-306.

Erikson, E., *El ciclo vital completado*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2000.

Esnaola Etxaniz, E., "Desarrollo del autoconcepto durante la adolescencia y principios de la juventud", *Revista de Psicología General y Aplicada*, 58, 2, 2005, pp. 265-277.

Fernández-Ríos, L., *Manual de psicología preventiva*, Madrid, Siglo XXI, 1994.

Finch, B. K., R. Frank y W. A. Vega, "Acculturation and Acculturative Stress: A Social Epidemiological Approach to Mexican Migrant Farmworkers' Health", *International Migrant Review*, 38, 1, 2004, pp. 236-262.

Fine, M. y S. R. Sirin, "Theorizing Hyphenated Selves: Researching Youth Development in and Across Contentious Political Contacts", *Social and Personality Psychology Compass*, 1, 2007, pp. 16-38.

Forman, G., "Women without their Children: Immigrant Women in the US", *Development*, 4, 1993, pp. 51-55.

Fuligni, A. J., "Authority, Autonomy and Parent-Adolescent Conflict and Cohesion", *Developmental Psychology*, 34, 1998, pp. 782-792.

Fundación Dr. Guillermo Manuel Ungo, *Atlas de la violencia en El Salvador (2005-2011)*, San Salvador, Fundaungo, 2012.

Gaborit, M., M. Zetino, L. Brioso y N. Portillo, *La esperanza viaja sin visa: jóvenes y migración indocumentada de El Salvador*, San Salvador, UNFPA-UCA, 2012.

Gaitan, L. [dir.], *Los niños como actores en los procesos migratorios*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008.

García Borrego, I., *Herederos de la condición inmigrante: adolescentes y jóvenes en familias madrileñas de origen extranjero*, tesis, UNED, 2008.

García Coll, C. y A. K. Marks, *Immigrant Stories: Ethnicity and Academics in Middle Childhood*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

_____, *Immigrant Paradox among Children and Adolescents: Is becoming an American a Developmental Risk?*, Washington, DC, American Psychological Association, 2011.

Garon, M. K., S. E. Bryson y Smith, I. M., "Executive Functioning in Preschoolers: A Review Using an Integrative Framework", *Psychological Bulletin*, 134, 2008, pp. 31-60.

Glasgow, G. F. y J. Ghouse-Shees, "Themes of Rejection and Abandonment in Group Work with Caribbean Adolescents", *Social Work with Groups*, 17, 1995, pp. 3-27.

Harvard Graduate School of Education, *85% Of Immigrant Children Experience Separations During Migration: New findings of the Harvard Immigration Project*, 29 de junio, 2009. Disponible en http://gseweb.harvard.edu/news/features/suarez06292001.html.

Helwig, C. C., "The Development of Personal Autonomy throughout Cultures", *Cognitive Development*, 21, 2006, pp. 458-473.

Henao López, G. C., C. Ramírez Palacio y L. A. Ramírez Nieto, "Las prácticas educativas familiares como facilitadoras de proceso de desarrollo en el niño y niña", *El Agora USB*, 7, 2, 2007, pp. 223-240.

_____ y M. C. García, "Interacción familiar y desarrollo emocional en niños y niñas", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, Niñez y Juventud, 7, 2, 2009, pp. 785-802.

Hochschild, A. R., "Global Care Chains and Emotional Surplus Value", W. Hutton y A. Giddens [eds.], *On the Edge. Living with Global Capitalism*, Londres, Vintage, 2001.

E. V. E. Hodges, R.A. Finnegan y D.G. Perry, "Skewed Autonomy-Relatedness in Preadolescents' Conceptions of their Relationships with Mother, Father and Best Friend", *Developmental Psychology*, 35, 1999, pp. 737-748.

Kennedy, E. G., "Refugiados de las pandillas centroamericanas", *Revista de Migraciones Forzadas*, 43, Estado de Fragilidad, 2013, pp. 50-52.

Kerr, M., H. Stattin y Özdemir, Perceived Parenting Style and Adolescent Adjustment: Revisiting Directions of Effects and the Role of Parental Knowledge", *Developmental Psychology*, 48 6, 2012, pp. 1540-1553.

Lefrancois, G., *El ciclo de la vida*, 6a ed., México, Thomson, 2001.

Luthar, S. S., "Resilience in Development: a Synthesis of Research Across Five Decades", en D. Cicchetti y D. Cohen [eds.], *Developmental Psychopathology*, vol. 3, Nueva York, Wiley, 2006, pp. 739-795.

Lytton, H., "Toward a Model of Family-Environmental and Child-Biological Influences on Development", *Developmental Review*, 20, 2000, pp. 150-179.

Mahalingam, R., *Cultural Psychology of Immigrants*, Mahwah, NJ, Erlbaum, 2006.

Margulis, Mario y Marcelo Urresti, "La construcción social de la condiciòn de juventud", en H. Cubides *et al.* [coords.], *Viviendo a*

toda. Jóvenes, territorios culturales y nuevas sensibilidades, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998.

Martín-Baró, I., *Psicodiagnóstico de América Latina*, San Salvador, UCA Editores, 1972.

_____, *Acción e ideología*, San Salvador, UCA Editores, 1983.

_____, "Guerra y trauma psicosocial del niño salvadoreño", en I. Martín-Baró [comp.]. *Psicología Social de la Guerra*, San Salvador, UCA Editores, 1992, pp. 233-249.

Martínez, M., M. García-Ramírez y J. Martínez, "Procesos migratorios", en F. Expósito y M. Moya [coords.], *Aplicando la psicología social*, 2005, Madrid, Ediciones Pirámide, pp. 255-276.

Masten, A. S., "Resilience in Developing Systems: Progress and Promise as the Fourth Wave Rises", *Developmental Psychopathology*, 19, 2007, pp. 921-930.

_____, "Ordinary Magic: Resilience Processes in Development", *American Psychologist*, 56, 2001, p. 227-238.

McElhaney, K. B., J. P. Allen, J. C. Stephenson y A. Hane, "Attachment and autonomy", en R. Lerner y L. Steinberg [eds.], *Handbook of Adolescent Psychology*, Nueva York, Wiley, 2009, pp. 358-403.

Mena, F. J., A. M. Padilla y M. Maldonado, "Acculturative Stress and Specific Coping Strategies among Immigrant and Later Generation College Students", *Hispanic Journal of Behavioral Sciences,* 9, 1987, pp. 207-225.

Oliva Delgado, A., "Relaciones familiares y desarrollo adolescente", *Anuario de Psicología*, 37, 3, 2006, pp. 209-223.

Oliva, A. y A. Parra, "Contexto familiar y desarrollo psicológico durante la adolescencia", en E. Arranz [ed.], *Familia y desarrollo psicológico*, Madrid, Prentice-Hall/Pearson Educación, 2004, pp. 96-123.

_____ y T. Sánchez-Queija, "Relaciones con padres e iguales como predictoras del ajuste emocional y conductual durante la adolescencia", *Apuntes de Psicología*, 20, 2002, pp. 3-16.

Orellana, C., "Exclusión, crisis del mundo del trabajo y precariedad: a vueltas con el tema de la ciudadanía", *Estudios Centroamericanos (ECA)*, 729, 67, 2012, pp. 229-258.

_____, "Reflexiones sobre la cultura juvenil contemporánea", *Estudios Centroamericanos (ECA)*, 685-686, 2005.

Orellana, M. F. *et al.*, "Transnational Childhoods: The Participation of Children in Processes of Family Migration", *Social Problems,* 48, 4, 2001, pp. 572-591.

Paikoff, R. L. y J. Brooks-Gunn, "Do Parent-child Relationships Change During Puberty?", *Psychological Bulletin*, 110, 1991, pp. 47-66.

Pardini, A., "Novel Insights into Longstanding Theories of Bidirectional Parent-Child Influences: Introduction to the Special Section", *Journal of Abnormal Child Psychology*, 35, 2008, pp. 627-631.

Parra, A. y A. Oliva, "Comunicación y conflicto familiar durante la adolescencia", *Anales de Psicología*, 18, 2002, pp. 215-231.

_____, "Un análisis longitudinal sobre las dimensiones relevantes del estilo parental durante la adolescencia", *Infancia y Aprendizaje*, 2006, pp. 453-470.

Pavez-Soto, I. y R. Alcalde-Campos, "Infancia, familias 'monomarentales e inmigración latinoamericana en Barcelona: los cambios generacionales de las niñas y los niños", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, 13, 2, 2013, pp. 71-81.

Pérez Sáinz, J. P. y M. Mora, *La persistencia de la miseria en Centroamérica. Una mirada desde la exclusión social*, San José, Flacso Costa Rica, 2007.

Perry, A., "Risk Factors of Unmanaged Migration", *RTM Insights*, 17, 2012. Disponible en www.riskterrainmodeling.com.

Phinney, J. S., "Ethnic Identity in Adolescents and Adults: Review of Research", *Psychological Bulletin*, 108, 1990, pp. 499-514.

_____, "The Multigroup Ethnic Identity Measure: A New Scale for Use with Diverse Groups", *Journal of Adolescent Research*, 7, 1992, pp. 156-176.

Pottinger, A. M., "Childrens' Experience of Loss by Parental Migration in Inner-City Jamaica", *American Journal of Orthopsychiatry*, 75, 2005, pp. 485-498.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Armas de fuego y violencia*, San Salvador, PNUD, 2003.

_____, "Informe sobre Desarrollo Humano El Salvador 2007-2008", *El empleo en uno de los pueblos más trabajadores del mundo*, San Salvador, PNUD, 2008.

_____, *Informe sobre desarrollo humano para América Central 2009-2010. Abrir espacios a la seguridad ciudadana y el desarrollo humano*, San Salvador, PNUD, 2009.

Programa Estado de la Nación, *Informe estado de la región en desarrollo humano sostenible*, San José, PEN, 2008.

_____, *Informe estado de la región en desarrollo humano sostenible*, San José, PEN, 2011.

Riggs, N. R. *et al.*, "Executive Function and the Promotion of Social-Emotional Competence", *Journal of Applied Developmental Psychology*, 27, 2006, pp. 300-309.

Rothbarth, M. K. y J. E. Bates, "Temperament", en W. Damon, R. M. Lerner y N. Eisenberg [eds.], *Handbook of Child Psychology*, *vol. 3. Social, Emotional and Personality Development*, 6a ed., Nueva York, Wiley, 2006, pp. 99-166.

Rumbaut, R. G. y A. Portes, "Ethnogenesis: Coming of Age Immigrant America", en R. G. Rumbaut y A. Portes [eds.], *Ethnicities: Children of Immigrants in America*, Berkeley, University of California Press, 2001, pp. 1-19.

Rutter, M., "Psychosocial Resilience and Protective Mechanisms", *American Journal of Orthopsychiatry*, 57, 1987, pp. 316-331.

Ryan, R. M. y E. L. Deci, "Self-Determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development, and Well-Being", *American Psychologist*, 55, 2000, pp. 68-78.

Sánchez Queija, I., "El desarrollo emocional del adolescente", en B. Delgado Egido [coord.], *Psicología del desarrollo*, Madrid, McGraw-Hill, 2008, pp. 115-136.

_____, "El desarrollo emocional durante la adolescencia y la primera juventud", en S. Mariscal Altares [coord.], *El desarrollo psicológico a lo largo de la vid*a, Madrid, McGraw-Hill/UNED, 2009, pp. 281-282.

Santacruz, M. y M. Carranza, *Encuesta Nacional de Juventud. Análisis de resultados*, San Salvador, IUDOP, 2009.

Schwartz, S. J., M. J. Montgomery y E. Briones, "The Role of Identity in Acculturation among Immigrant People: Theoretical Propositions, Empirical Questions, and Applied Recommendations", *Human Development*, 49, 2006, pp. 1-30.

Sciarra, D. T., "Intrafamilial Separations in the Immigrant Family: Implications for Cross-Cultural Counseling", *Journal of Multicultural Counseling and Development*, 27 18, 1999, pp. 30-41.

Segura, B., *Unicef pide mayor concienciación ciudadana sobre la niñez,* 2 de octubre de 2012. Disponible en www.diariocolatino.com/es/20121002/nacionales/108232/UNICEF-pide-mayor-concienciaci%C3%B3n-ciudadana-sobre-la-ni%C3%B1ez.htm.

Sirin, S. R. *et al.*, "The Role of Acculturative Stress on Mental Health Symptoms for Inmmigrant Adolescents: A Longitudinal Investigation", *Developmental Psychology*, 49, 4, 2013, pp. 736-748.

Smetana, J. G., "Culture, Autonomy, and Personal Jurisdiction in Adolescent-Parent Relationships", *Advances in Child Development and Behavior*, 29, 2002, pp. 51-87.

_____, "Adolescent-Parent Conflict: Resistance and Subversion as Developmental Process", en L. Nucci, [ed.], *Resistance, Subversion and Subordination in Moral Development*, Mahwah, NJ, Erlbaum, 2005, pp. 69-91.

_____ y P. Asquith, "Adolescents' and Parents' Conceptions of Parental Authority and Adolescent Autonomy, *Child Development*, 65, 1994, pp. 1147-1162.

_____ y M. Villalobos, "Social Cognitive Development in Adolescence", en R. M. Lerner y L. Steinberg [eds.], *Handbook of Adolescent Psychology, vol. 1. Individual Bases of Adolescent Development*, Hoboken NJ, 2009, pp. 187-228.

Smith, A., R. N. Lalonde y S. Johnson, "Serial Migration and its Implications for the Parent-Child Relationship: A Retrospective Analysis of the Experiences of the Children of Caribbean Immigrants", *Cultural Diversity and Ethnic Minority Psychology,* 10, 2, 2004, pp. 107-122.

Suárez-Orozco, C., *The Transitions of Immigration: How Are they Different for Women and Men?*, Cambridge, Harvard University/David Rockefeller Center for Latin American Studies, 1998.

_____, "Afterward: Understanding and Serving the Children of Immigrants", *Harvard Educational Review*, 71, 3, 2001, pp. 579-589.

_____, I. L G. Todorova y J. Louie, "Making up for Lost Time: The Experience of Separation and Reunification among Immigrant Families", *Family Process*, 41, 2002, pp. 625-643.

_____ y A. Carhill, "Afterword, New Directions in Research with Immigrant Families and their Children", *New Directions for Youth Development,* 121, 2008, pp. 87-104.

_____ e I. L. G. Todorova, "The Social World of Inmigrant Youths", *New Directions for Youth Development*, 100, 2003, pp. 15-24.

_____ y M. M. Suárez Orozco, *La infancia de la inmigración*, Madrid, Morata, 2003.

Taylor, Z. E. *et al.*, "The Relations of Ego-Resiliency and Emotion Socialization to the Development of Empathy and Prosocial Behavior across Early Childhood", *Emotion*, 13, 5, 2013, pp. 822-831.

_____, "Childrens' Negative Emotions and Ego-Resiliency: Longitudinal Relations With Social Competence", *Emotion*, 2014, pp. 397-406.

Unicef, *El salto al norte. Violencia, inseguridad e impunidad del fenómeno migratorio en Guatemala*, Ciudad de Guatemala, 2011.

United States Conference of Catholic Bishops, *Mission to Central America: The Flight of Unaccompanied Children to the United States*, Washington, 2013.

Valencia, R. y O. Luna, "Las pandillas dan un paso más: todos los centros escolares son ahora 'zonas de paz'", 2 de mayo, 2012. Disponible en http://www.elfaro.net/es/201204/noticias/8485/.

Van Petegem, S., "On the Association between Adolescent Autonomy and Psychosocial Functioning: Examining Decisional Independence from a Self-Determination Theory Perspective", *Developmental Psychology*, 48, 1, 2012, pp. 76-88.

Vigotsky, L., *El desarrollo de los procesos psicológicos superiores*, Buenos Aires, Grijalbo, 1979.

Werner, E. y E. Risk, "Resilience, and Recovery: Perspectives from the Kauai Longitudinal Study", *Development and Psychopathology*, 5, 1993, pp. 503-515.

Womens' Refugee Commission, *Forced from Home: The Lost Boys and Girls of Central America*, Nueva York, 2012.

Zimmer-Gembeck, M. y Collins, W. A., "Autonomy Development during Adolescence", en G. A. Adams y M. D. Berzonsky [eds.], *Blackwell Handbook of Adolescence*, Malden, Blackwell, 2003, pp. 175-204.

13. Gender and Child Rights in Jamaica: A Gender Perspective

Aldrie Henry-Lee

I. Introduction

A right is an entitlement. It is only recently that "rights" and "children" were discussed together. Children were to be seen and not heard. They were not treated as persons with rights and were considered the property of their parents. However, the Convention on the Rights of the Child (CRC) was adopted by the United Nations General Assembly on November 20, 1989, one of the most widely accepted human rights agreements. The Convention has been ratified by 192 countries. Jamaica ratified the convention in May 1991. The CRC defines a child as a person below the age of 18 years. The CRC consists of 54 articles. Articles 1-41 are translated into rights for *1)* Provision (survival and development), *2)* Protection and *3)* Participation.

Other relevant international commitments and fora that dealt with children's issues include:

- Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW): 1979.
- The World Summit for Children: 1990 & 1992.
- Education for All Initiatives (EFA): 1990.

- The International Conference on Nutrition: 1992.
- The Inter national Conference on Population and Development: 1994.
- Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education: 1994.
- Beijing Conference on Women: 1995.
- World Summit for Social Development, Copenhagen: March 1995.
- The ILO Worst Forms of Child Labour Convention: 1999.
- World Youth Programme adopted by the UN General Assembly in 1995 and supplemented in 2005.
- The 2000 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict.
- The Millennium Declaration: 2000.
- The Millennium Development Goals: 2000.
- The Paris Commitments to Protect Children from Unlawful Recruitment: 2007.

Some of the Millennium Development Goals are child-specific. Goal Number 2 calls for the achievement of universal primary education. Goal Number 4 targets the reduction in child mortality and Goal Number 5 speaks to improvement in maternal mortality.

This paper examines the adherence to child rights in Jamaica. The gender differentials are highlighted to underscore the vulnerabilities of children by gender. Although, gender mainstreaming has been promoted in Jamaica at the national level, sex-disaggregated data remains deficient and this analysis draws mainly on available secondary data.

II. The Jamaican context

Having ratified the CRC in 1991, Jamaica is obliged to fulfill the obligations of this international agreement. All duty bearers, the State and all public and private institutions must ensure that:

> In all matters concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, *the best interests of the child* shall be a primary consideration (article 3, Convention on the Rights of the Child).

This paper seeks to determine if, in Jamaica, all duty bearers act in the best interest of boys and girls at all times.

Before discussing adherence to Child Rights by gender, the Jamaican context will be discussed. Jamaican population numbers approximately 2.7 million (table 1). Children constitute one third

Table 1. Break-Down of the Jamaican Population Age Group

Age group	*Males*	*%*	*Females*	*%*	*Total*
0-4 years	112 639	8	109 186	9	221 825
5-9 years	122 599	9	118 583	10	241 182
10-14 years	143 524	11	133 137	11	276 661
15-19 years	127 619	10	121 619	10	249 402
20-24 years	100 758	8	107 235	9	207 993
25-34 years	207 987	16	207 987	17	438 955
35-59 years	379 245	29	230 968	19	764 732
60 years and over	134 970	10	160 390	13	298 060
Total	1 329 341	100	11 891 051	100	2 698 810

Source: Statistical Institute of Jamaica.

of the Jamaican population. In the age group 0-19 years old, there are more males than females. Jamaica's economic growth through the years has been less than impressive. In 2010, growth rate in basic value of GDP at constant prices (2003) was -1.2 (table 2). Debt servicing stood at J$168.4 billion and the surplus deficit was J$56.5 billion. The economy is heavily dependent on remittances with that amount exceeding the amount earned from tourism — the next highest earner of foreign exchange. Total unemployment rate stood at 12.4 per cent with females being the disadvantaged sex.

Table 2. Selected Basic National Socioeconomic Indicators

Indicator	*2010*
Population	2 705 800
Population growth rate	0.3%
Growth in Basic value at constant GDP prices (2003)	-1.2
Debt Servicing	J$168.4b
Surplus Deficit	-J$56.5
Private remittance inflows (US$m)	2171.41
Foreign Exchange Earnings (US$m)	1992.0
Overall crime rate (per 100 000: year: 2007)	1244
Murder rate (per 100 000)	53
% of Population living in urban areas	52
Literacy rate	91.7
Labour force participation rate	62.4%
Total unemployment male female	12.4 9.2 16.2
Access to safe water	81.3 (2009)
Access to sanitary facilities	99.9 (2009)

Source: Planning Institute of Jamaica, Economic and Social Survey of Jamaica, 2010.

Despite its insignificant economic performance, Jamaica's social indicators are reasonable. The literacy rate is 91.7 and access rates to safe water and any type of sanitary facility are at 81.3 and 99.9 per cent, respectively. Crime continues to be one of Jamaica's main social problems. Jamaica's murder rate is one of the highest in the Caribbean at 53 per 100 000 and its overall crime rate per 100 000 stood at 1244 in 2007. As will be discussed later, crime and violence have a negative impact on children.

On the national level, children can be expected to live until the age of 74.1 years (table 3). Infant mortality rate is 16.7 per 1000 live births. Immunization levels are fairly high at 94.7 per cent with the maternal mortality rate (MMR) being one of the lowest in

Table 3. Selected Child Welfare Indicators

Indicator	*2010*
Population	2 705 800
Life Expectancy	73.13 years
Infant Mortality Rate	16.7
Crude Birth Rate	15.4%
Crude Death Rate	6.0%
Total fertility Rate	2.4
Immunization rate (national)	94.7
Inmunization rates	
DPT	94.6
OPV	94.2
BCG	95.2
MMR	87.1
Maternal mortality rate (per 100 00)	94.8

Source: Planing Institute of Jamaica, Economic and Social Survey of Jamaica, 2010.

CARICOM. Data from the Economic and Social Surveys of Jamaica reveal that the MMR has remained at 98.4 for the last five years.

Jamaica's Gender Development Index (GDI) has not changed through the years (table 4). However, Jamaica's rank has been lowered from the 62nd to the 81st position globally in 2009.

The gender empowerment index introduced in 2010 is 0.638 and places Jamaica, 84th globally.

Since the ratification of the CRC in 1991, Jamaica has implemented several policies and pieces of legislation to support the adherence to Child Rights. These include:

- The Child Care and Protection Act: 2004.
- The Early Childhood Commission Act: 2003.
- The Early Childhood Act: February 2005.
- Trafficking in Persons Prevention, Suppression and Punishment Act: 2007.
- The National Youth Policy: 1994.
- The National Policy of Action for Children: 2005.

Table 4. Gender Indicators for Jamaica 2004, 2009, 2010

	2004[a]	*2009*[b]	*2010*[c]
GDI	0.762	0.762	
Gdio rank	62*	81**	
GII	n/a	n/a	0.638
GII rank	n/a	n/a	84

[a] Human Development Report 2004.
[b] Human Development Report 2009.
[c] Human Development Index (HDI)-2010 Rankings (2008 data).
* 144 countries & areas.
** 155 countries & areas.
*** GII replaced GDI and GEM in 2010.

- A National Policy for HIV/AIDS Management in Schools: 2003-2005.
- The Social Investment Initiative for Children launched in 2006.
- Vision 2030 complements the New Framework for Action for Children (NFAC).

Drafts currently in progress are the:

- National Parenting Policy: 2010.
- New Framework of Action for Children (NFAC), and National Plan of Action for an Integrated Response to Children and Violence: 2005.

Institutional support for the care and protection of children included:

- The Special Envoy for Children: 1998.
- The Early Childhood Commission (ECC) and Child Development Agency: 1999.
- The Office of the Children's Advocate: 2006.
- The Office of the Children' Registry: 2007.

Having outlined the national context, Jamaica's adherence to child rights using a gender lens is now examined. First of all, the rights of "invisible and excluded children" are now considered.

III. Invisible and Excluded Children

There are some children who are not under the responsibility of personnel in private and public institutions and are invisible and excluded. UNICEF defines excluded children as those who do not

benefit from an environment that protects them from violence, abuse, exploitation, or if they are unable to access and benefit from quality essential services, information and goods in a way that threatens their ability to participate fully in society during their childhood and in the future.

Article 23 (CRC) states that:

> State Parties recognize that a mentally or physically disabled child should enjoy a full and decent life, in conditions which ensure dignity, promote self-reliance and facilitate the child's active participation in the community.

Yet, to a large extent children with disabilities in Jamaica (DWDs) are not provided with adequate dignity and opportunities for active participation in their communities. In the under-15 age group of persons with disabilities, 16,896 are males with 15 311, females. UNICEF Jamaica reports that more than 37 000 Jamaican children live with one or several forms of disabilities including sight, hearing, speech, physical disability, mental retardation and learning disability (3.86 per cent of children). While the majority of the children are in the 5-14 age group and thus are of school-age, only 10 per cent of children with disabilities are enrolled in formal school-based and other programmes receiving funding from the Government. UNICEF (2007) reports that children with disabilities, in most cases, are excluded from the mainstream education system and therefore do not achieve their full potential. The Economic and Social Survey documents that the Special Education Curriculum was provided for 4 554 students; however there was approval for only four autonomous schools. This shows a deficiency in learning facilities for CWDs.

Article 32 of the Convention on the Rights of the Child states that:

> States Parties recognize the right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development…

At least 16 000 Jamaican children engage in some form of economic activity, even as the Government tries to stem the problem through collaborative work with the International Labour Organisation (ILO). The majority of Jamaica's child workers are found in the agriculture, forestry and fishing industries, while there have been prosecutions of persons who involve children in prostitution. Other workers include street children and market vendors in the larger metropolitan areas of Kingston, Spanish Town and Montego Bay. Jamaica's child labourers are predominantly male, aged 15-17 years.

The available data on street children are not comprehensive. A national survey commissioned by the Ministry of Health and reported in the Jamaica Observer in 2003 stated that there were more than 6 000 street and working children in Jamaica. According to the survey, boys outnumbered girls by a ratio of 70:30, are on average 13 years old and are usually from a female-headed household of five, where his parent or guardian is marginally employed as a vendor, domestic helper, self-employed or unskilled worker.

Another group of children which is "invisible" includes children who are infected and affected by HIV/AIDS. Children (0-19 years) and young people (20-29 years) reported with AIDS account for 9 and 19 per cent respectively (28% cumulative total) of total AIDS cases, with AIDS being the second leading cause of death in children aged 1-4 years. UNICEF reports that adolescent girls are more vulnerable; girls aged 10-19 years are almost three times more likely to become infected with HIV than a boy of the same age. Cul-

tural factors also reduce adherence to the rights of these children. There is early sexual initiation (15 years old for girls, 13 years for boys), young girls having sexual relations with HIV infected older men (50% of young women report having sex with partners five to ten years older than them), as well as high rates of forced sex (reported by 20% of girls).

IV. Child Provision Rights

Article 27 (1) of the CRC "States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development".

Jamaica's economic vulnerability was established in a previous section. Witter[1] and Smith[2] analyzed the state expenditure on children in Jamaica. Social expenditure (as a percentage of public expenditure) on children is relatively stable but seems to be on the decline at 10.6 per cent in 2008 (table 5). Health and education expenditure combined accounts for the major proportion (exceeding 90%) of social expenditure on children. However, as a percentage of GDP, the amount increased from 5.84 per cent in 2005/6 to 6.11 per cent in 2007/08 (table 6). This commitment ensured that there is not a significant decrease in the social expenditure on children. This indicates that the State is attempting to ensure that investment in children is not too negatively affected by the national economic crisis.

National economic distress is linked to household welfare. Poverty rates in Jamaica are on the increase. In 2009, 16.5 per cent of persons in Jamaica were living in poverty; up from 9.9 per cent in

[1] Michael Witter, *Fiscal Expenditure on Services for Children in Jamaica, 2003/4-2005/6*, 2007.

[2] Christopher Smith, *Jamaican Children and the Government's Budget. Presented at the Bustamante Children's Hospital*, Kingston, 2008.

Table 5. Expenditure on Children in Jamaica as a % of Total Public Expenditure (2006-2008)

	2005/6 (Actual)	*2006/7 (Revised)*	*2007/8 (Approved)*
Recurrent	17.3	18.09	17.65
Capital A	1.46	1.12	1.57
Capital B	32.03	27.28	26.45
Total=Recurrent+ Capital A+ capital B	12.75	12.13	10.55

Source: Smith, Christopher, *Jamaican Children and the Government's Budget. Presented at the Bustamante Children's Hospital*, Kingston, 2008, p. 21.

Table 6. Expenditure on Children in Jamaica as a % of Gross Domestic Product (2006-2008)

	2005/6 (Actual)	*2006/7(Revised)*	*2007/8(Approved)*
Recurrent	5.19	5.82	5.32
Capital A	0.35	0.22	0.25
Capital B	0.30	0.43	0.54
Total=Recurrent+ Capital A+ capital B	5.84	6.46	6.11

Source: Christopher Smith, *Jamaican Children and the Government's Budget. Presented at the Bustamante Children's Hospital*, Kingston, 2008, p. 21.

2007 Poor household welfare can have a negative impact on child welfare. Child poverty is a major social problem in Jamaica. Of the cohort of persons aged 0-17 years, 20.4 per cent live in poverty (table 7). Poor households find it difficult to provide adequately for their children and child rights are more likely to be violated in times of economic deprivation. The analysis of national data on poverty, by sex of head of household, shows that slightly more males are in poverty than females (table 8). When the analysis is

Table 7. Poverty by Age

Age Group	*2004*	*2007*	*2009*
0-17 years	20.6	12.0	20.4
18-35 years	14.7	8.9	13.3
36-59 years	14.0	7.8	14.0
60 years and over	15.2	10.2	17.1
Total	16.9	9.9	16.5

Source: SLC.

Table 8. Levels of Poverty by Gender of Individual and Gender of Head of Household

Year	*All Individuals*		
	Male	*Female*	*Total*
2004	17.5	16.3	16.9
2007	11.1	8.7	9.9
2009	17.1	15.4	16.5
Heads of Households (Only)			
	Male	*Female*	*Total*
2004	11.9	12.0	12.0
2007	7.2	8.0	7.6
2009	11.4	12.8	12.0

Source: SLC data sets.

done by gender of head of household, the difference is not statistically significant. Data analysis by residential area reveals that men and women living in the rural areas are more likely to live in poverty (table 9). Children living in the rural areas are more likely to have their provision rights violated.

The disparity by gender begins from birth. According to the Multiple Indicator Cluster Survey, the births of 89% of children in Jamaica have been registered; slightly more boys than girls are born every year (51 and 49 per cent respectively out of a yearly average of 44 000) and the infant mortality rate for boys is higher than for girls.For infant mortality under one and under five years, respectively, the figures are: male 28, 33 Female 24. The Multiple Indicator Cluster Survey Report reports that at age 6-9 months, 36 per cent of children were receiving breast milk and solid or semi-solid foods. By age 12-15 months, 49 per cent of children were still being breastfed and by age 20-23 months, 24 per cent were still breastfed. Girls were more likely to be exclusively breastfed than boys. For those deprived of familial care, more boys end up in children's homes; boys are more likely to be placed in foster care.

UNICEF in 2009 reported the HIV prevalence rate as 1.7 per cent. A Jamaica Daily Gleaner Report stated that young women in the 10-19 age group are three times more likely to be infected

Table 9. Levels of Poverty among all Individuals by Area

Area	*Males*			*Females*		
	2004	*2007*	*2009*	*2004*	*2007*	*2009*
KMA	12.8%	3.3%	9.4%	9.1%	4.6%	9.7%
Other Towns	5.6%	4.3%	4.4%	4.8%	3.9%	10.4%
Rural	14.2%	10.9%	16.2%	18.0%	13.5%	17.2%
Jamaica	11.9%	7.2%	11.4%	12.0%	8.0%	12.8%

Source: SLC 2004, 2007 and 2009 data sets.

than boys in this age band. HIV programmes and policies do not sufficiently address the specific realities and needs of women and girls". In Jamaica, less than one per cent of children aged 10-14 have lost both parents.

At schools, gender disparity continues. The CRC (article 28) states that:

> States Parties recognize the right of the child to education and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, they shall, in particular:
>
> Make primary education compulsory and available free to all.

Access to early childhood education and primary level education is universal in Jamaica. At the early childhood level, in 2010, there was a high enrollment rate for children 3-5 years. In 2010, there was a gross enrollment rate of 99.6 per cent of the children in this age cohort in early childhood facilities: 99.1 per cent for boys and 100 per cent for girls. Of all those who were enrolled, 50.5 per cent were boys and 49.5 per cent were girls accounting for an almost equal gender distribution. However, female enrollment rates surpass those of the boys at the primary and secondary levels (table 10). MICS (2005) also reported that attendance was lower among boys (89 per cent) than among girls (93 per cent). At the tertiary level of the eligible cohorts, for the females, the rate was 8.3 and for the males 6.8 per cent.

Girls outperformed boys at every level of the education system. Survival rates to Grade 5 are higher for girls than for boys (MOE) 2005/06: 88.8% (87.2% boys, 93.0% girls). Labour force statistics show this gender bias as higher percentages of females attain CXC and GCE certification, along with degrees (table 11). In both public and private spaces, duty-bearers are not adhering adequately to the provision rights of boys and girls.

Table 10. Net Enrollment Rates % (End of Year Population)

	Primary			*Lower Secondary*			*Upper Secondary*			*Total Secondary*		
	Male	*Female*	*Total*	*Male*	*Female*	*Total*	*Male*	*Female*	*Total*	*Male*	*Female*	*Total*
2000/2001	93.6	94.1	93.8	78.1	80.2	79.1	51.1	58.0	54.5	67.5	71.5	69.5
2001/2002	93.3	93.0	93.2	77.5	79.7	78.6	51.4	57.2	54.3	67.3	70.9	69.1
2002/2003	92.9	92.0	92.5	83.1	84.8	83.9	54.7	60.8	57.7	72.0	75.4	73.7
2003/2004	92.9	90.8	91.9	85.8	85.3	85.6	54.5	59.9	57.2	73.8	75.5	74.7
2004/2005	93.5	91.0	92.3	83.7	83.3	83.5	67.8	51.2	59.5	77.6	70.9	74.2
2005/2006	92.1	90.0	91.1	80.8	81.9	81.4	59.9	67.1	63.5	72.8	76.2	74.5
2006/2007	93.4	91.0	92.2	87.2	86.9	87.0	59.3	67.9	63.6	76.1	79.4	77.8
2007/2008	90.1	90.4	90.2	84.9	88.8	86.8	60.0	69.8	64.8	75.2	81.5	78.3
2008/2009	87.5	89.3	88.4	85.9	89.0	87.0	64.1	72.9	68.4	77.0	82.8	79.8
2009/2010	93.7	94.9	92.6	-	-	-	-	-	-	72.5	80.8	76.5

Table 11. Highest Examination Passed by Gender

Highest Examination Passed	*2010*	
	Males	*Females*
None	73.4	54.9
CXC Basic, JSE, etc	1.7	2.6
1-2 GCE 'O'	2.3	2.3
3-4 GCE 'O'	2.9	5.8
5+ GCE 'O'	3.4	5.4
1-2 GCE 'A'	0.05	0.2
3 GCE 'A' or More	0.1	0.3
Degree	7.6	18.1
Other	2.0	4.5
Not Stated	6.5	5.9
Total	100.0	100.0

Source: STATIN-The Labour Force.

V. Child Protection Rights

The Millennium Declaration promotes the protection of children against abuse, exploitation and violence. Article 19, of the CRC, clearly states that:

> States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

Children are the direct and indirect victims of violence in Jamaica. The home is not always a safe haven for children. In Jamaica, 87 per cent of children aged 2-14 years were subjected to

at least one form of psychological or physical punishment by their mothers/caretakers or other household members. More importantly, eight per cent of children were subjected to severe physical punishment. On the other hand, 36 per cent of mothers/caretakers believed that children should be physically punished, which implies an interesting contrast with the actual prevalence of physical discipline. More male children were subjected to both minor and severe physical discipline (75 and ten per cent) than female children (71 and five per cent).

In public spaces, more males were victims of violence. In 2010, 87 males were shot as opposed to 26 females. The Children's Advocate annual reports revealed that in 2008, 960 of the 1,446 persons who went missing were children —over three-quarters of the missing children were female unlike the adult population where males were more likely to go missing. Over the past five years more than 300 children —most of them boys— have been murdered. At the same time, the report noted that carnal abuse has continued to rise (Children's Advocate's Report, Jamaica, 2008; or maybe more reported as a result of public education). Girls are more likely to be the victims of the sexual abuse reported in table 12. Boys formed the majority of victims of other violent crimes (table 12).

Table 13 highlights the gender differentials shown in table 12. More boys received gun-shot and stab wounds and were victims of blunt injuries than girls. However, it is disturbing to note that in the age group five to nine years, girls were more prone to be the victims of sexual assault. Table 13 in fact reveals an increase in the reported number of victims of sexual assault for the age group 10 to 19 years. There is also a belief that "virgins", especially girls, are a cure for HIV/AIDS. Another major concern is the relatively high prevalence of teenage pregnancy. Approximately 18% of births in Jamaica are attributed to adolescent girls (National Family Planning Board-Provisional Data 2008).

Table 12. Crimes against Children in Jamaica

Type of crime	*2000 (0-18 Years)*	*2004 (0-18 Years)*	*2007 (0-19 Years)*	*2010 (0-19 years)*
Murder	73	99	131	129
Shooting	85	147	119	113
Rape	473	536	242	435
Carnal Abuse	430	409	138	529
Robbery	78	111	105	297
Break-In	25	24	27	44
Larceny	n/a	n/a	n/a	20
Total	1 164	1 326	945	1 567

Source: ESSJ, PIOJ, various years.

Table 13. Violence Related Injuries Treated in Accident and Emergency Rooms

	Sexual Assault			*Stab Wounds*			*Gunshot Wounds*			*Blunt Injuries*			*Total by age and Gender*
	2009	*2008*	*2007*	*2009*	*2008*	*2007*	*2009*	*2008*	*2007*	*2009*	*2008*	*2007*	
Under 5 Years: Boys Girls	7 5	10 48	09 38	0 2	4 1	5 4	3 1	6 4	2 0	81 54	242 220	245 178	614 555 1 169
5-9 Years old: Boys Girls	20 60	8 111	17 112	8 4	2 110	20 8	4 5	5 5	20 8	206 127	528 343	447 255	1 294 2 342 3 636
10-19 Years old: Boys Girls	851 1.56 3	25 911	22 797	312 90	584 115	502 189	116 24	129 24	149 36	889 616	1 767 1 273	1 543 1 144	5 889 6 785 12 674
Jamaica (Total)	2 506	1 464	1 29 5	416	2 63 6	2 40 9	153	1 30 9	1 25 3	1 97 3	12 775	10 532	

Sources: ESSJ 2008 and 2009.

For those children who are in conflict with the law, their rights are not always upheld. In 2010, 1022 children were detained. Of that number 99 per cent were males. A distressing report in the Jamaica Observer newspaper noted that a child detainee was bitten by a rat while in the Admiral Town Police Station lock- up in Kingston. The OCA reports that 53.0 per cent of the 209 children in conflict with the law who were interviewed, complained about their treatment by police which included being cursed, beaten or interrogated harshly. A UN Special Rapporteur on torture reported the continued practice of detaining children and adults together in lock-ups in police stations and some correctional centres (12-21 February 2010). The 2009 Armadale incident resulted in the death of seven female inmates in a fire that broke out when police used teargas inside the building to control the girls who were opposing the "lockdown". The report also decried the use of lock-downs as an excessive punitive measure.

Both in private and public spaces, duty bearers do not adequately adhere to the rights of our children to protection.

VI. Child Participation Rights

Participation of children in decisions affecting them is problematic. Implementing "participation" to ensure that it is not meaningless is difficult. It is not to be confused with "consultation" and "information dissemination." Data on child participation in Jamaica are sparse. Discussing the issue of child participation raises several issues specific to the process itself and is also related to age and gender.

How do we ensure that all segments of a group are included? The cultural belief that "Children should be seen and not heard" affects both sexes. How do we ensure gender sensitivity in the process? Child participation in Jamaica remains tokenistic. Although

we have national youth councils in all islands, they lack resources for genuine consultation and participation of children. Boys generally prefer less structured fora, e.g. street corners, football fields, while girls generally can be found indoors. Implementing participation has to be gender-sensitive.

Of course, there is the legal issue: at what age should you be legally allowed to make decisions about your life? Should it be tied to the age of criminal responsibility or the age that one can vote and what are the implications for utilizing any of these ages? If we decide that children from a certain age can "express themselves in all matters", what are the consequences? What happens in issues of reproductive health, sexual practices and preferences?

At what age does the parent become the facilitator and no longer the "Ultimate Authority"? In Jamaica there is no domestic statute which prescribes a minimum legal age at which a child may seek medical counseling without parental consent. Normally, parental consent is required for medical counseling and/or treatment of a child or minor. In the case of testing and receiving treatment for HIV/AIDS, the norm is to obtain parental consent for the child to access appropriate testing and health care. Should the child be able to access those without parental consent? This issue remains unresolved.

CDA points out that child participation takes places in several sectors of the society. These include:

- Development of Audio Public Service Announcements (PSAs).
- Caribbean Child Development Centre's Child Rights Education Project Phase 1.
- Baseline Study on the Situation of the Promotion and Protection of the Rights of Children and Adolescents in Jamaica.

- Kingston Centre Counseling Clinic or Key Clinic (knowledge and education for youth).
- The Male Desk.
- Public education and mentorship programmes in schools established three male youth mentorship programmes in schools in Kingston and St. Andrew (9-17years); established six male action groups among males from church, community and civic society.
- Public Infor mation Campaign — IDEVAW, NATFATIO Committee, schools education programme, Inter-american Year of Women.
- Policy and Legislation — the Education Act, the Maternity Leave Act, Teenage Pregnancy Policy, Poor Relief Law.
- School Safety and Security Programme.
- Institutionalization of DevInfo (JamStats).
- An Intervention to Address Behavioural Problems including Violence and Aggression in Schools.
- Caribbean Child Research Conference.
- Boys Brigade Jamaica.
- The National Festival of the Arts.

However, there has been no assessment made of the impact of the participation of children in the implementation and evaluation of the relevant programmes.

VII. The Way forward

Based on the discussion above, it is evident that at the policy and legislative levels, Jamaica has done much to promote child rights. However, a recent study carried out by the Organization of American States revealed that the main problem was not the absence of law but the lack of timely enforcement and follow-up. Implemen-

tation gaps continue to exist in the areas of child labour and sexual offences as well as physical violence against children. These gaps prohibit the full adherence to child rights in Jamaica.

Both boys and girls have their rights violated in Jamaica. Many are not properly provided for at home, school and in the community. In terms of provision rights, poverty affects both boys and girls and economic deprivation limits their access to those basic social services considered valuable in the society. Gender differentials exist in the education system where boys are disadvantaged and are out-performed by girls. Child protection rights are violated very often in Jamaica. Boys are more prone to be victims of violence although girls are more susceptible to sexual assault. Girls are particularly vulnerable to the sexual advances of older males infected with HIV/AIDS who believe that sexual intercourse with these girls will cure them of the disease. Participation rights for both boys and girls are not fully adhered to and while children participate in several processes in the various sectors, there is little evidence of the impact of that participation on the implementation and evaluation of programmes.

This discussion reveals that increased gender mainstreaming in the formulation of policies is needed for the improvement of services for children. Public education must entail a gendered perspective to the promotion of child rights in Jamaica. Boys and girls are vulnerable in different ways and therefore gender-sensitivity is needed to ensure that we adhere to their rights and hold the "best interests" of the child paramount at all times.

VIII. References

Child Development Agency, *Jamaica's Country Report on Child Participation*, Kingston, 2010.

Caribbean Child Development Centre, *Situation of the Promotion and Protection of Rights of Children and Adolescents in Jamaica*, 2010.

Office of the Children's Advocate and UNICEF, Children in Jamaica: Twenty Years after the Convention on the Rights of the Child, Kingston, 2009.

_____, *A Study on the Profile of Children in Conflict with the Law in Jamaica*, Kingston, 2011.

Planning Institute of Jamaica, *Economic and Social Survey of Jamaica 2010*, 2011.

_____, *Jamaica Survey of Living Conditions 2009*, 2010.

Smith, Christopher, *Jamaican Children and the Government's Budget. Presented at the Bustamante Children's Hospital*, Kingston, 2008.

The Early Childhood Commission, *The Status of the Rights of the Young Child in Jamaica*, Kingston, 2007.

UNICEF, *Violence against Children in the Caribbean Region: Regional Assessment*, Kingston, 2006.

_____ and PIOJ, *Children in Jamaica: The Impact of Migration and Remittances*, Jamaica, 2009.

Witter, Michael, *Fiscal expenditure on services for children in Jamaica, 2003/4-2005/6*, 2007.

Web sites

http://www.unicef.org/jamaica/resources_3950.htm Retrieved July 1, 2011. 2

http://www.unicef.org/jamaica/resources_3950.htm Retrieved July 1, 2011. 3

http://www.unicef.org/jamaica/resources_3950.htm Retrieved July 1, 2011. 4

http://www.jamaicaobserver.com/news/Child-labour-horror_9046350. Retrieved July 1, 2011. 5

http://www.jamaicaobserver.com/news/40260_6-500-street--working-children-in-Jamaica-survey Retrieved July 1, 2011 6.
http://www.unicef.org/jamaica/resources_3950.htm Retrieved July 1, 2011. 7
http://www.unicef.org/jamaica/resources_3950.htm Retrieved July 1, 2011. 8
http://www.unicef.org/jamaica/resources_3950.htm Retrieved July 1, 2011. 9
http://jamaica-gleaner.com/gleaner/20101121/focus/focus6.html. Retrieved July 3, 2011. 10
http://jamaica-gleaner.com/gleaner/20101121/focus/focus6.html. Retrieved July 3, 2011. 11
http://www.jamaicaobserver.com/news/Rat-bites-juvenile-in-police-lock-up_9148460#ixzz1RMX

14. La utopía de la reinserción social en el derecho penal juvenil salvadoreño

Fernando Molina Castro

I. Introducción

En la actualidad, no obstante el Estado salvadoreño ha cumplido —medianamente— tanto con el mandato constitucional establecido en el artículo 35, inciso 2, de la Constitución de la República (en adelante CN), como con los distintos instrumentos internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño [en adelante CDN], Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o "Reglas de Yokio", Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como "Reglas de Beijing", etcétera) resulta evidente que uno de los fines que persigue la imposición de medidas definitivas a aquellos jóvenes que son declarados responsables por el cometimiento de delitos no se está alcanzando: su reinserción social. A tal conclusión es dable llegar a partir de una premisa clave: en las últimas décadas, la justicia penal juvenil salvadoreña ha pasado por una etapa de constante cambio, lo cual, aunado a factores como la ausencia de un tribunal de cierre o de última instancia que conozca en casación —entre otros— ha dificultado la unificación de los diversos criterios interpretativos que se aplican a la Ley Penal Juvenil (en adelante LPJ), especialmente, de aquellos que sirven de base para

definir la sanción a imponer una vez se que llega al estado de certeza positiva sobre la autoría o participación de un adolescente en un hecho delictivo.[1] De igual manera, la aplicación casi automática de ciertas medidas, tanto provisionales como definitivas, sin un análisis consciente y acorde a la situación sociofamiliar y educativa de cada joven —así como las circunstancias particulares de cada caso en concreto— ha dificultado grandemente que los adolescentes en conflicto con la ley penal puedan, por una parte, tener un proceso de garantías y, por otra, lograr su readaptación a la sociedad.

El presente artículo, más que ser una crítica hacia el sistema penal juvenil salvadoreño, pretende plantear las posibles causas que en la actualidad impiden que las medidas establecidas en el artículo 8 de la LPJ —particularmente el internamiento— logren uno de sus principales fines: la reinserción social de aquellos jóvenes que, por haber infringido la legislación penal, son acreedores de una sanción por parte del poder punitivo estatal. Asimismo, se procura efectuar una revisión crítica del principio rector de la reinserción social en el derecho penal juvenil salvadoreño, con el objetivo de determinar las razones por las cuales el fin socioeducativo de las medidas tampoco está siendo alcanzado.[2]

[1] En El Salvador, una de las grandes deudas pendientes en materia penal juvenil es, sin lugar a dudas, la creación de un tribunal de última instancia que, mediante sus funciones nomofiláctica y uniformadora, permita la unificación de los diversos criterios interpretativos que son aplicados a la materia, o bien, la adhesión de la competencia a la actual Sala de lo Penal para conocer en casación la inconformidad de las partes con la decisión emitida por los tribunales de segunda instancia. Y es que, desde la creación de la jurisdicción especializada, existen tres Cámaras de Menores en todo el territorio nacional, una en la zona oriental, una en la zona occidental y otra en la zona central, lo cual, aunado a la carencia aludida, hace que prácticamente sea imposible que no exista disparidad de criterios interpretativos, situación que en la práctica genera inconvenientes.

[2] Normalmente, se hace referencia a la reinserción social y al fin socioeducativo de las medidas como conceptos sinónimos; sin embargo, lo cierto es que se trata de dos términos de significados similares pero con matices diferentes e, incluso, podría decirse que uno es el medio para lograr la consecución del otro.

II. Antecedentes históricos

En El Salvador, un país que a lo largo de su historia se ha caracterizado por tener una legislación penal severa y que, además, ha tenido que lidiar con los efectos de su guerra y posguerra civil desde hace más de treinta años,[3] se encuentra vigente desde 1995 el sistema penal juvenil como jurisdicción especializada. Dicha jurisdicción nació con la promulgación de la LPJ —denominada en un inicio como Ley del Menor Infractor— y tenía dos objetivos claros: el primero era darle cumplimiento al mandato que el constituyente impuso al legislador en el artículo 35, inciso 2, de la CN,[4] así como a los compromisos adquiridos en el conjunto de instrumentos internacionales suscritos por El Salvador en materia penal juvenil, principalmente con la CDN.[5] El segundo —aún más importante— era superar el antiguo modelo tutelar basado en la nefasta doctrina

---

No obstante, para los efectos que persigue este artículo resulta irrelevante hacer tal diferenciación, por lo que se hará referencia tanto a la reinserción social como el fin socioeducativo de las medidas como sinónimos, sin que ello implique la exclusión de uno u otro.

[3] Si bien es cierto el fenómeno de la delincuencia tiene un origen incierto que puede ser producido por diversos factores, no puede obviarse el hecho que en El Salvador, la guerra civil que agobió al país desde finales de los años 70s hasta 1992 —aunado a aspectos como la inmigración, la desintegración familiar, la pobreza, la falta de educación, etc.— es uno de los factores que más ha incidido en el crecimiento del mismo hasta alcanzar los índices actuales.

[4] "La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial".

[5] No debe olvidarse que la CDN fue la piedra angular sobre la cual se sentaron las bases para el reconocimiento y respeto a los derechos de los niños, así como la obligación de los Estados de superar el antiguo modelo tutelar, para dar paso al sistema de la protección integral. Dicho instrumento es, en palabras de Miguel Cillero Bruñol en su artículo "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" (publicado en el libro Justicia y derechos del niño, UNICEF, 1999, p. 46), "una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia".

de la situación irregular,[6] la cual, amparada en el "interés superior del niño", permitía la vulneración de una gran cantidad de derechos fundamentales de los adolescentes,[7] para dar paso al sistema de la protección integral[8] y, con ello, garantizar que los jóvenes en conflicto con la ley penal fueran juzgados en tribunales especializados acordes a su distinta capacidad de comprender lo ilícito de su conducta,[9] lo cual requería de un tratamiento diferenciado.[10]

[6] Sin ánimos de pretender definir en forma detallada las características de dicha doctrina —por no ser el tema central de este artículo— si es conveniente recordar que la misma buscaba legitimar la intervención estatal hacia aquellos niños que eran considerados como "vulnerables" ante su falta de protección física y moral. Dicha población era, básicamente, aquellos jóvenes que se encontraban en un estado de "riesgo", "peligro" o "abandono" y que, precisamente por ello, eran catalogados en una "situación irregular", un claro concepto indeterminado que podía ser utilizado para clasificar de forma indiscriminada a prácticamente cualquier niño que no cumpliera —principalmente— con el estándar de pertenecer a determinada clase social.

[7] Como indica Javier Llobet Rodríguez en su artículo "La Justicia Penal Juvenil en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2002, KAS A. C., p. 397), en la doctrina de la situación irregular, el interés superior del niño hacía que para el Derecho Tutelar Juvenil perdieran importancia las garantías procesales y penales, por cuanto se decía que todo era para "salvar al niño" o, dicho en otras palabras, en defensa de su interés superior.

[8] La diferencia más relevante de este modelo, respecto del antiguo sistema tutelar, es que los jóvenes pasaron a ser considerados como sujetos de derechos y obligaciones, y no sólo como un mero objeto que requiere de la tutela por parte del Estado; por lo que una de las consecuencias más destacables fue la incorporación de los derechos que gozan los adultos cuando son imputados en los procesos penales.

[9] De igual manera, es dable acotar que la vulneración de derechos de los adolescentes amparándose en el interés superior del niño no es propio del sistema tutelar. En El Salvador aún pueden encontrarse resoluciones en las que un Juez de Menores decreta internamiento provisional o, peor aún, impone medidas de hasta 15 años de internamiento definitivo a adolescentes que han cometido delitos, haciendo alusión a que dicha decisión es adoptada tomando en cuenta su "interés superior".

[10] Carlos Tiffer plantea la interrogante sobre cuáles son los fines que se persiguen con el Derecho Penal Juvenil y si el mismo debería estar estructurado de forma diferente al Derecho Penal de Adultos, ante lo cual reflexiona que la sola

Ahora bien, dicha transición implicaba —como sostiene la Sala de lo Constitucional de El Salvador[11]— el nacimiento de una serie de obligaciones jurídicas para el Estado, emanadas del mandato contenido en el referido artículo 35, inciso 2, de la CN, particularmente, el establecimiento de normas de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para el juzgamiento y resocialización de los jóvenes en conflicto con la ley penal. El aludido Tribunal también indica que los criterios ideológicos que inspiran el régimen penal juvenil deben contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en lo que se ha denominado "el programa penal de la Constitución",[12] acoplándose a las características especiales que lo diferencian sustancialmente del proceso penal de adultos.

---

condición de los sujetos destinatarios del Derecho Penal Juvenil —entiéndase los adolescentes— por el solo hecho de encontrarse en un proceso de formación justificaría tanto la organización de un derecho penal diferente al de los adultos, como de los fines que se persiguen. Carlos Tiffer Sotomayor, "Fines y determinación de las sanciones penales juveniles", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 4, 2012, p. 326.

[11] Sentencia de Inconstitucionalidad 52-2003 Ac pronunciada el 1o. de abril de 2004 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

[12] No debe olvidarse que en un Estado constitucional de derecho, el marco de actuación del legislador no es absoluto; por el contrario, se encuentra limitado por determinados principios y postulados que conforman lo que la doctrina y la jurisprudencia comparada ha denominado el "Programa Penal de la Constitución". Así, la figura que comentamos supone la base sobre la cual el legislador se regirá para la tipificación de conductas, así como sus respectivas sanciones penales. Es, como indica la Sala de lo Constitucional en la sentencia 52-2003 aludida, "el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar […] De este modo, los principios constitucionales del Derecho Penal definen el modelo constitucional de la responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales tanto para la estructuración normativa de los delitos y las penas en sede legislativa, como en la aplicación judicial" lo cual en definitiva es también aplicable al sistema penal juvenil.

André Sota Sánchez en su artículo "Programa penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional Peruano" (*Revista Derecho y Cambio*

Así, el punto de partida para lograr ese cometido se dio con el cambio de un arraigado sistema tutelar en el que, básicamente, se buscaba castigar casi de manera automática a los adolescentes que infringían la ley por encontrarse en una "situación irregular" y que, por tal motivo, merecían la atención por parte del Estado, quien pasaba a adoptar una clara postura paternalista, para dar paso al sistema de la protección integral. Dicho sistema buscaba tratar a los jóvenes como sujetos de derechos —y obligaciones— los cuales no se les podían desconocer pese a la comisión de una conducta punible, situación que implicaba el reconocimiento de garantías esenciales como el debido proceso, la presunción de inocencia, de derechos fundamentales como audiencia, defensa y todo aquel que implicara el cumplimiento de las garantías procesales.[13]

Es importante señalar que en la práctica y, principalmente, en los primeros años de su implementación, el fuerte arraigo de un sistema cuyo origen era el adultocentrismo, el cual, además, había estado instaurado durante décadas en un país que adolecía de una palpable carencia de operadores de justicia debidamente especializados, dificultó grandemente la consecución de los fines para los que había

Social, Lima, núm. 31 año 10, 2013;) ofrece una definición más clara al respecto, al exponer que en la Constitución existen "mandatos legislativos en materia penal, de obligatorio cumplimiento al legislador que toma el nombre de 'lo constitucionalmente necesario', pero también hay prohibiciones de legislar en materia penal, que toma el nombre de 'lo constitucionalmente prohibido'; y por último, el amplio margen de actuación del legislador democrático se circunscribirá dentro de lo Constitucionalmente Posible […] [el cual] no es del todo libre, pues se encuentra vinculado por determinados principios y postulados que conforman el Programa Penal de la Constitución, sobre la base del cual el legislador penal ha de orientarse a efectos de la tipificación de conductas y el establecer sanciones penales. Asimismo, el legislador penal ha de prestar observancia y cumplimiento de los principios penales constitucionales y disposiciones constitucionales que conforman el Derecho Penal de la Constitución".

[13] *Vid*. Mary Beloff, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, Santiago de Chile, noviembre de 1999, pp. 9-21.

sido creada esa nueva jurisdicción, pues dicha situación conllevó a aplicar de manera anómala un garantismo que rápidamente se degeneró en un proteccionismo hacia los adolescentes que delinquían.[14]

Lo anterior evidenciaba que en cierta medida se seguía aplicando —aunque de forma tácita e inconsciente— el antiguo sistema tutelar, pues no obstante había un esfuerzo para considerar a los jóvenes como sujetos de derechos y obligaciones, en la práctica se les continuaba viendo como objetos de protección.[15] Dicha situación ocasionó que existieran discrepancias entre los criterios aplicados por los distintos jueces de menores, particularmente en el tema de las medidas, pues algunos consideraban que el internamiento debía imponerse únicamente a casos en que los delitos fueran muy graves, como los homicidios; otros, por el contrario, aplicaban la última *ratio* incluso a las infracciones conocidas comúnmente como de bagatela —recurriendo falazmente al interés superior del niño para justificar esa decisión—. A pesar de ello, aunque de forma paulatina, el sistema actualmente ha pasado a posicionarse casi en su totalidad frente a un modelo de educación

[14] Sin embargo, es válido colegir que dicha situación fue una consecuencia natural, propia de los sistemas jurídicos cuando se implementa una jurisdicción completamente nueva. Lo anterior es debido a que esa innovación conlleva a que durante los primeros años de su vigencia no exista claridad sobre cómo deben resolverse ciertos problemas de interpretación normativa, lo cual es corregido gradualmente hasta lograr una unificación de criterios. Un claro ejemplo es lo ocurrido en la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro con sede en San Salvador, Tribunal que durante la primera década de vigencia de la LPJ se caracterizó por el alto índice de recursos —particularmente de apelaciones especiales— que eran declarados inadmisibles, situación que poco a poco fue cambiando hasta mostrar mayor flexibilidad en la exigencia de los requisitos que abren la vía impugnativa.

[15] Como indica Mary Beloff, la falta de claridad respecto de qué significa "protección integral" permite todavía hoy a algunos funcionarios defender las leyes de la situación irregular como modelos de protección integral de la infancia. *op. cit.*, p. 17.

en responsabilidad más puro, que es, precisamente, el fin primordial de las medidas contempladas en la LPJ.

III. La actualidad de la reinserción social en el sistema penal juvenil salvadoreño

A pesar de los loables esfuerzos para superar los diversos impases que han existido desde la creación de la jurisdicción especializada, lo cierto es que la reinserción social en materia penal juvenil es ahora mismo para la justicia salvadoreña más una quimera que una realidad.[16] Ello en virtud de que existen dos aspectos que dificultan cumplir con ese fin: el primero ocurre al momento en que se imponen las medidas.[17] El segundo sucede al verificar el cumplimiento de las mismas.[18]

Previo al análisis de los aspectos mencionados —y para una mejor comprensión de los mismos— es de vital importancia partir de los principios rectores que rigen la LPJ —y el sistema penal juvenil en general—. González Valdez, siguiendo a Ignacio Berdugo, sostiene que los principios rectores de un sistema penal no deben considerarse como meros "límites" del *ius puniendi*, sino

[16] Lo anterior es porque la reinserción social únicamente será posible cuando las medidas cumplan los fines para las que fueron impuestas y, en palabras de Carlos Tiffer "los fines de las sanciones tienen que reflejarse tanto al momento de la determinación como durante su ejecución" (Carlos Tiffer Sotomayor, *op. cit.* p. 325).

[17] Es conveniente aclarar que, aunque la LPJ diferencia entre medidas cautelares y definitivas —y no obstante una medida provisional como el internamiento puede generar un gran impacto en el desarrollo emocional e intelectual de los adolescentes— para los efectos de este artículo se hará referencia únicamente a las segundas.

[18] De igual manera, es oportuno aclarar que obviamente existen otros factores que inciden en la consecución de la reinserción social, como familiares, sociales, culturales, etc.; sin embargo, el presente artículo se centrará únicamente en los motivos acotados por tratarse de problemas propios de la jurisdicción penal juvenil.

como principios constituyentes del derecho de castigar, es decir, es consustancial al derecho penal —concretamente al derecho penal constitucional— además de la búsqueda de eficacia al eliminar la violencia social extrapenal, la finalidad de garantía al disminuir la violencia del propio sistema penal.[19]

Y es que, tal y como se acotó anteriormente, la Constitución en su "programa penal", además de sentar las bases para que el legislador determine qué conductas podrían ser tipificadas como delitos para salvaguardar ciertos bienes jurídicos,[20] también enuncia los derechos y garantías que rigen tanto en el proceso penal de adultos como en el de adolescentes, lo cual —como se ha hecho alusión— significa un límite para el poder punitivo del Estado. No debe olvidarse que, cuando se trata de derecho penal aplicable a adolescentes, se requiere de un tratamiento diferenciado acorde a su distinta capacidad de conocer lo ilícito de sus acciones, razón por la cual, y no obstante que el derecho penal juvenil está basado en los mismos principios procesales que el derecho penal de adultos por tratarse de una jurisdicción especializada, el cumplimiento de esos derechos y garantías debe asegurarse aún más. Lo anterior es en virtud que los jóvenes se encuentran en una situación de mayor indefensión[21] y los efectos del proceso penal, así como de la

[19] *Vid*. González Valdez, Violeta, "Principios constitucionales de derecho penal juvenil en Paraguay", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 19, enero/diciembre de 2015, p. 223.

[20] Debe recordarse que con el reconocimiento constitucional de ciertos derechos como la vida, salud, integridad física, etc., así como de la obligación que tiene el Estado de protegerlos, nace para el legislador el deber de crear una normativa —de naturaleza penal— que los salvaguarde estableciendo una conducta típica y una sanción para quien vulnere de forma ilegítima esos derechos.

[21] Es oportuno señalar que dicha situación debe tratarse con mucho cuidado, ya que es una franja sumamente gris la diferencia entre educar en responsabilidad —modelo de la protección integral— y adoptar una postura paternalista —doctrina de la situación irregular—.

sanción, probablemente sean más nocivos o generen la posibilidad de producir vejaciones.[22]

Así, los principios rectores que rigen el proceso penal juvenil son: *a)* la protección integral de los jóvenes, *b)* su interés superior, *c)* el respeto a sus derechos humanos, *d)* su formación integral y *e)* la reinserción en su familia y en la sociedad;[23] de entre los cuales nos centraremos únicamente en lo relativo a este último. La razón de establecer los anteriores principios como los rectores en la jurisdicción penal juvenil salvadoreña es porque, contrario a lo que sucede en el proceso penal de adultos, cuyas penas tienen un fin más represivo y retributivo —aunque también de prevención y resocialización—, el propósito de las medidas que pueden imponerse cuando un juez de menores declara responsable a un adolescente es primordialmente educar, más concretamente de educación en responsabilidad, ya que el fin que persiguen es la reinserción social de los adolescentes.[24]

En ese orden, el artículo 9 de la LPJ dispone que las medidas deben tener una finalidad primordialmente educativa y se comple-

[22] González Valdez, *op. cit.*, p. 224.

[23] Artículo 3 de la LPJ.

[24] No debe olvidarse que, si bien es cierto que las penas en el derecho penal de adultos también tienen como finalidad última la reinserción social del imputado, la diferencia sustancial con el derecho penal juvenil es que en el caso de los adolescentes se busca garantizar aún más ciertos aspectos, como la última *ratio*, que las medidas definitivas se impongan por el menor tiempo posible, los plazos máximos que debe durar el proceso, etc., ya que por tratarse de personas que aún están en desarrollo y por tener una comprensión de lo licito e ilícito de manera distinta, asimilan de mejor forma la educación en responsabilidad. Es importante apuntar que la medidas en el proceso *minoril* también tienen un fin represivo y preventivo, pero en menor intensidad. De igual manera y como bien indica Carlos Tiffer, en un Estado democrático, la imposición de una sanción debe justificarse en sus fines y una sanción por sanción resulta incompatible con éste, por lo que la única finalidad válida es su función social, la cual tiene que reflejarse en una organización interinstitucional pública y privada que permita cumplir efectivamente con la misma. Tiffer Sotomayor, *op. cit.*, p. 326.

mentarán, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que el juez determine.[25] Así, para la aplicación de estas medidas el juez de menores respectivo debe tomar en cuenta no sólo la calificación del delito y su gravedad, sino también las circunstancias en que se cometió la infracción, la situación socioeducativa del adolescente, su personalidad, su entorno familiar, etc., siguiendo, sobre todo, la recomendación de los especialistas que forman parte del equipo multidisciplinario.[26]

Por su parte, el artículo 8 de la LPJ establece seis medidas que pueden imponerse una vez se determina la responsabilidad de un adolescente dentro del proceso: *a)* orientación y apoyo socio familiar; *b)* amonestación; *c)* imposición de reglas de conducta; *d)* servicios a la comunidad; *e)* libertad asistida; y *f)* internamiento; las cuales pueden ser clasificadas en dos categorías: *i)* privativas de libertad y *ii)* no privativas de libertad. De las anteriores medidas, sin duda alguna la de mayor trascendencia es el internamiento, no sólo porque con la privación de libertad de los jóvenes se afecta su libertad como derecho fundamental, sino que con ella se afectará el normal desarrollo de su personalidad, debido al impacto que en determinado momento puede causar en la vida del adolescente, razón por la cual debe garantizarse aún más su excepcionalidad.[27]

[25] Ello es en virtud que en materia penal juvenil existe la conciencia que la reinserción social de adolescentes que han entrado en conflicto con la ley penal, difícilmente será alcanzada de manera individual; razón por la cual, la participación de la familia es de vital importancia.

[26] Artículo 32 de la LPJ.

[27] Tampoco debe olvidarse que, por tratarse de un modelo de educación en responsabilidad, las sanciones juegan un papel capital en el actual sistema penal juvenil, por lo que debe tenerse claro que, cuando un adolescente es declarado responsable del cometimiento de un hecho delictivo, necesariamente debe ser acreedor a una sanción; sin embargo, también es de vital importancia comprender que las medidas no privativas de libertad tienen preponderancia sobre el internamiento y, por lo tanto, siempre debe agotarse la posibilidad de imponerlas antes de optar por el internamiento.

A pesar de lo acotado —y paradójicamente—, lo cierto es que en la práctica la medida que en la gran mayoría de los casos se impone es el internamiento, ya sea en procesos en los que el delito es catalogado como grave, como en aquellas infracciones en las que, probablemente, pudiese optarse por una medida diferente.

Es oportuno aclarar que las reflexiones hechas en este artículo no deben ser interpretadas como un reproche a la imposición del internamiento y que, debido a su dureza, convendría decretar únicamente medias en medio abierto. Tampoco es el objetivo del mismo y, a *contrario sensu*, hacer apología a la imposición de medidas severas para lograr la reinserción social de los adolescentes, pues ello implicaría, sin lugar a dudas, dar un retroceso abrupto hacia el ya superado modelo tutelar. Lo que el artículo pretende es que los operadores del sistema, entiéndase no sólo jueces o juezas de menores, sino también secretarios de actuaciones, colaboradores jurídicos, miembros de los distintos equipos multidisciplinarios, fiscales, procuradores de menores, etc., apliquen la normativa —y sus respectivos criterios interpretativos— de manera correcta y a la luz del espíritu de la legislación penal juvenil como jurisdicción especializada que es.[28]

Dicho lo anterior, es dable hacer alusión a los dos aspectos o factores que dificultan lograr tanto el fin socioeducativo de las me-

[28] Es de vital importancia tener claro que imponer una sanción a un adolescente que ha sido declarado responsable, es una parte esencial y un elemento característico del modelo de responsabilidad que actualmente impera en el derecho penal juvenil, por lo que desde ningún punto de vista es dable la concepción de que, por tratarse de adolescentes, el juez de menores está en la obligación de evitar imponer una sanción. Por el contrario, lo que debe existir es la conciencia de que la sanción elegida es la más adecuada al caso concreto. Lo anterior nos lleva a concluir que, no obstante en materia penal juvenil debe garantizarse siempre que el internamiento sea la última *ratio*, irremediablemente existirán casos en los que incluso una medida tan gravosa como esa será probablemente la más adecuada —tanto desde el punto de vista de la proporcionalidad como de la idoneidad— para lograr ese fin.

didas, como la reinserción social de los adolescentes en el derecho penal juvenil salvadoreño.

Como se indicó en párrafos anteriores, el primer factor ocurre al momento de imponer las medidas, concretamente, en la labor de fundamentación por parte del juez de menores.[29] Es preciso comprender que cada caso debe ser tratado de forma individual y con las particularidades que presente, no sólo fácticamente y conforme a la prueba desfilada en la fase plenaria, sino con la conciencia debida de que esa persona que está siendo juzgada es un individuo que posee una forma de comprender lo licito y lo ilícito de manera distinta a un adulto y que, precisamente por ello, requiere un tratamiento diferenciado.

Dar un tratamiento diferenciado no implica —como determinó la Sala de lo Constitucional— solamente crear una serie de normas de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para el juzgamiento y resocialización de los jóvenes en conflicto con la ley penal; el mandato que emana del artículo 35, inciso 2, de la CN, supone también la obligación de tratar cada caso en concreto de forma distinta, ya que un joven puede presentar un desarrollo cognitivo y emocional diferente al de otro adolescente y, por ello, el grado de reprochabilidad que debe efectuarse al momento de adoptar la medida más idónea para sancionar su conducta, irremediablemente variará de un caso a otro.

[29] Como bien indica Tiffer Sotomayor, el juez penal juvenil se encuentra con dificultades incluso mayores que el juez de adultos al momento de determinar la sanción. Lo anterior es en virtud que, tal y como sucede en el derecho penal de adultos, los criterios legislativos son amplios, vagos e imprecisos, a lo que hay que agregar que en la justicia *minoril* se presenta un catálogo vasto de alternativas de sanciones (Tiffer Sotomayor, *op. cit.* p. 325) y, por ello, se exige un nivel más alto de fundamentación al momento de justificar la elección de la medida, ya que la última *ratio* goza de una mayor ponderación.

El artículo 5 de la LPJ establece una serie de derechos y garantías para los jóvenes en conflicto con la ley penal[30] entre los que conviene destacar especialmente dos: *a)* el derecho a no ser privados ilegalmente de su libertad, ni a ser limitados en el ejercicio de sus derechos más allá de los fines, alcances y contenidos de cada una de las medidas que se les deban imponer, de conformidad a la LPJ; y *b)* que toda medida que se les imponga, tenga como fin primordial su educación. De igual manera, es importante acotar lo señalado en el artículo 46 del aludido cuerpo normativo, según el cual los jóvenes en conflicto con la ley penal tienen derecho a que se motive debidamente la medida que se impondrá en caso de ser encontrados responsables. Finalmente, el artículo 95 de la LPJ dispone que concluida la vista de la causa, con base en los hechos probados, en la existencia del hecho o en su atipicidad, en la autoría o participación establecida, en la existencia o inexistencia de causales excluyentes de responsabilidad, en las circunstancias y gravedad del hecho —así como en el grado de reprochabilidad—, el juez de la causa en forma breve y motivada deberá declarar absuelto o responsable al joven o jóvenes que estuvieren siendo juzgados. En caso de que el juzgador declarar la responsabilidad tendrá que aplicarse una o varias medidas de las reguladas en la LPJ, determinando de forma específica cada una de ellas, así como su duración, finalidad y las condiciones en que deberán ser cumplidas.[31]

Así pues, es evidente que para el legislador salvadoreño el deber de motivación de las decisiones por parte del juez de menores

[30] Obviamente, los derechos enumerados en la disposición legal citada no deben ser tomados en forma taxativa; por el contrario, los jóvenes tienen, además de los que la LPJ les reconoce, todos los derechos que gozan los adultos en la legislación común, así como los establecidos en los distintos instrumentos internacionales suscritos por El Salvador.

[31] Nótese cómo el modelo de responsabilidad se ve reflejado en la LPJ cuando establece el imperativo "deberá" en lo que respecta a la aplicación de una medida definitiva una vez se declara responsable al indiciado, y no una facultad discrecional al juzgador con un "podrá" o "en caso que considere necesario u oportuno".

juega un papel preponderante en el proceso penal juvenil, principalmente al momento de determinar tanto el tipo de medida a aplicar, como el tiempo de duración de las mismas. Lo anterior es en virtud que, además de dotar de seguridad jurídica al sistema —y a la jurisdicción penal juvenil en particular—, una adecuada fundamentación permite el control de la actividad jurisdiccional, así como también busca garantizar a la parte afectada —sea el adolescente o la víctima— el ejercicio efectivo de los medios de impugnación establecidos para controvertir las decisiones judiciales.

Y es que, como sostiene Tapia Parreño, si el Juez de Menores expone de forma clara las razones de su decisión, posibilita controlar si efectivamente la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, dicha decisión es consecuencia de una mera arbitrariedad.[32]

Ahora bien, resulta preocupante que en El Salvador, en la mayoría de los casos, la imposición de las medidas se hace de manera casi mecanizada, sin un verdadero análisis de idoneidad y necesidad, así como sin un adecuado juicio de proporcionalidad. Así, las medidas definitivas son aplicadas sin realizarse una fundamentación adecuada sobre por qué la seleccionada es la idónea para los fines que persigue; tampoco se hace un análisis respecto a si existe una medida diferente y menos lesiva que pudiese lograr ese mismo fin —educar en responsabilidad y reinsertar al adolescente a la sociedad—. De igual manera, no se efectúa una correcta motivación sobre por qué se impondrá determinada cantidad de años, lo que ineludiblemente debería hacerse a partir de un análisis de las circunstancias en que sucedió el hecho delictivo, el grado de participación atribuido al joven en cuestión, así como el nivel de reprochabilidad de su conducta conforme a los cánones de

[32] *Vid*. Jaime Tapia Parreño, *La determinación de la pena y la elaboración de la sentencia en la jurisdicción penal juvenil*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006, p. 2.

la docimetría penal —por supuesto, adecuada a la materia especializada—.[33]

En ese sentido, debe tenerse claro que, no obstante el artículo 95 de la LPJ exige al juzgador "brevedad" al momento de emitir sus resoluciones, dicha brevedad no debe menoscabar la motivación de las mismas, principalmente en lo relativo a la declaratoria de responsabilidad del adolescente —pues es el momento clave en que se define su situación jurídica— así como en la sanción a imponer, tanto en lo que respecta al tipo de medida, como al tiempo que durará la misma; por lo que pronunciar una resolución carente de fundamento bajo el argumento que, basta una motivación breve para cumplir con el deber impuesto por el legislador, es inaceptable.

El segundo factor ocurre durante el cumplimiento de la medida. Así, el fin resocializador y socioeducativo tampoco se consigue porque, además de imponerse una medida carente de fundamento y sin un adecuado análisis de proporcionalidad, en la práctica y en una abrumadora mayoría, los jóvenes que son declarados responsables y condenados a internamiento definitivo cumplen la totalidad de su medida, sin posibilidades —al menos reales— de poder optar a beneficios como una cesación de la misma, o bien, del cambio de naturaleza de esta —de internamiento a alguna en medio abierto—.[34] En todo caso, el único beneficio que de forma más o menos recurrente reciben los adolescentes, es un permiso de

[33] Según el artículo 17 de la LPJ, las medidas pueden tener una duración de hasta cinco años; sin embargo, cuando se trate del internamiento y si el adolescente tiene entre 16 y 17 años de edad (por tanto, con exclusión de aquellos cuyas edades oscilen entre los 12 y 15 años), conforme al artículo 15 del aludido cuerpo normativo, el juez de menores podrá imponer una duración cuyos mínimo y máximo será la mitad de los establecidos como pena de prisión en la legislación penal de adultos respecto de cada delito, sin que en ningún caso pueda exceder de quince años y únicamente respecto de los delitos detallados en dicho artículo.

[34] Lo cual es una facultad discrecional del Juez de Ejecución de Medidas al Menor, tal y como lo establece el artículo 17 de la LPJ, así como el art. 4 de la Ley

dormir los fines de semana fuera del centro de reclusión en el que están cumpliendo la medida.

Cunjama López ofrece una importante reflexión en torno a la reinserción social y las penas privativas de libertad cuando afirma que "se piensa que efectivamente la prisión cuenta con las condiciones necesarias para que el individuo se desarrolle con solvencia y responsabilidad al interior del espacio carcelario. Entonces, cualquier falta a tal pensamiento se considera una responsabilidad del individuo y no de la institución. Tal planteamiento se presenta como complejo en el momento en que se toman en cuenta las diferentes características negativas que se presentan durante la estancia del individuo en prisión y deberán ser consideradas por el personal penitenciario para evitar menor daño en el interno".[35]

En ese sentido, el aludido autor indica que, sin lugar a dudas, la prisión genera un tipo de sociedad con pautas de comportamiento específico y alejado de la realidad social, lo cual se ve influenciado por los propios efectos del encarcelamiento, ya que la prisión —como institución— establece una repetición constante de la vida en cautiverio, monotonía que tiene consecuencias en el comportamiento social. Si a ello se le añaden los problemas posteriores, como la pérdida de relaciones sociales del exterior y situaciones de desvinculación con la familia, la situación se dificulta para alcanzar el cometido de la reinserción social.[36]

Las anteriores situaciones son aplicables al sistema penal juvenil salvadoreño y, evidentemente, son un obstáculo para la consecución de los fines de las medidas, pues una inadecuada motivación al momento de imponerlas conlleva a que, en muchos casos, un

---

de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Sometido a la Ley Penal Juvenil.

[35] Véase Emilio Daniel Cunjama López *et al.*, *Prisión, reinserción social y criminalidad. Reflexiones sobre la situación carcelaria y la violencia social en México*, Academia Española, 2012, p. 24.

[36] *Idem*.

joven cumpla una medida que probablemente no sea la más adecuada desde el punto de vista de la idoneidad, o bien, que sea la más idónea pero el tiempo de duración de la misma no debería ser tan excesivo. De igual manera, la falta de posibilidades reales para optar a un beneficio, como una cesación o modificación de la medida en la etapa de ejecución de la misma, hacen que el proceso de reinserción del adolescente a la sociedad sea mucho más complejo de lo que debería ser.

Otro factor que sin duda entorpece la reinserción social de los jóvenes en conflicto con la ley penal es el actuar de instituciones que juegan un papel capital en la jurisdicción penal juvenil, como es el caso de la Fiscalía General de la República (FGR). Así, es recurrente la práctica —por políticas al interior de la misma— de agotar —muchas veces de manera innecesaria— los diversos medios impugnativos que la LPJ establece para recurrir de las decisiones emitidas por los jueces de menores, con el afán de controvertir aquellas resoluciones que sean contrarias a sus intereses —entiéndase lograr un internamiento provisional como medida cautelar o un internamiento definitivo como medida definitiva— aún y cuando la decisión tomada por el juez de la causa sea beneficiosa para el adolescente indiciado.[37]

[37] Muestra de ello es el número de apelaciones especiales que se tramitan en las Cámaras de Menores del país. A manera de ejemplo pueden citarse ciertos datos sobre las distintas causas que la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro, la cual tiene la competencia más extensa de la jurisdicción, con siete departamentos y quince juzgados en el área metropolitana y la zona central del país, llevó entre 2013 y 2015. Así en 2013 se interpusieron 112 recursos de apelación especial, de los cuales 61 fueron sentencias estimatorias y 51 desestimatorias; mientras que en 2014 se tramitaron 97 apelaciones especiales, de las cuales 56 fueron sentencias estimatorias y 41 desestimatorias, y en 2015 se interpusieron 114 recursos de apelación especial de los cuales 77 fueron resoluciones estimatorias y 37 desestimatorias; de los cuales la gran mayoría fueron interpuestos por la Fiscalía General de la República.

También, es sumamente influyente en la consecución de la finalidad que estamos comentando —aunque dicho problema no es exclusivo de El Salvador, sino, más bien, de América Latina en general—, el hecho que la FGR como institución a la que le corresponde el monopolio de la acción penal tenga sumamente arraigada la concepción de que el buen fiscal es únicamente aquel que logra condenas y que, además, esas condenas conlleven a la aplicación de una sanción privativa de libertad. Es importante acotar que, si bien es cierto, en algunos casos las situaciones anteriores no son determinantes para definir el resultado del proceso —es decir, la declaratoria de responsabilidad o absolución del indiciado, o bien, el tipo de medida definitiva a imponer—, si ocasionan dilaciones innecesarias que inciden en la consecución de los fines que persiguen las medidas.

IV. La reinserción social de los jóvenes en conflicto con la ley penal ¿una quimera o un sueño posible?

Pese a las distintas complicaciones e impases que ha presentado el asentamiento de un nuevo sistema como es la jurisdicción penal juvenil, lo cierto es que, actualmente, los tribunales de menores —o al menos su mayoría— poco a poco han logrado un consenso en algunos criterios interpretativos aplicados a los procesos sometidos a su conocimiento. De igual forma, los equipos multidisciplinarios realizan sus dictámenes de manera más consciente y meticulosa; sin embargo, los retos aún son grandes y los desafíos que deben ser cumplidos para superar definitivamente el antiguo sistema tutelar requieren de una mayor atención por parte de los operadores del sistema, principalmente de los juzgadores.

Como sostiene Fernández Bermejo, no debe olvidarse que la reinserción social contiene prácticamente dos exigencias: *a)* que las

penas no sean de excesiva duración, de modo que pueda transformar la finalidad constitucional en ilusoria, o incluso que aniquile a la persona; y *b)* que se fomente en todo caso el contacto del individuo con la sociedad en la que deberá integrarse algún día.[38] Por ello, no obstante la jurisdicción penal juvenil está vigente en El Salvador desde hace más de 24 años, para lograr una verdadera reinserción social de aquellos jóvenes que han delinquido, es necesario que primero exista un desprendimiento efectivo del antiguo modelo tutelar, pues solamente así será posible asegurarle un proceso de garantías a los adolescentes cuando deban ser juzgados por entrar en conflicto con la ley penal.

Lo anterior, únicamente podrá alcanzarse cuando, de manera consciente, se llegue al convencimiento que educar en responsabilidad no significa aplicar de forma automática la medida menos gravosa —o ninguna medida— con el único afán de evitar que el adolescente sea ingresado a un centro de internamiento, pues ello, irremediablemente, significaría que esa decisión está siendo tomada porque se continúa viendo al indiciado como un ser que requiere protección paternalista por parte del Estado y no como un individuo que, no obstante tiene un desarrollo cognitivo diferente al de un adulto, si es encontrado responsable necesariamente debe ser acreedor a una sanción que sea capaz de crear en él una conciencia sobre lo indebido de su conducta, la cual, obviamente, deberá ser impuesta tomando en cuenta las circunstancias particulares de su caso.[39] Asimismo, debe aceptarse el hecho que imponer

[38] Véase Daniel Fernández Bermejo, "El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2014, p. 378.

[39] Es oportuno subrayar que el hecho que un adolescente sea acreedor a una sanción por haber sido declarado responsable no significa que la única medida que se puede imponer sea el internamiento, pues dependerá de muchos factores determinar la naturaleza de la misma.

una sanción a un adolescente por haber cometido un delito es parte integral del modelo de educación en responsabilidad.

De igual manera, es necesario que en los operadores del sistema —especialmente la FGR— se cree la conciencia que educar en responsabilidad tampoco significa la adopción automática de las medidas más severas y por el mayor tiempo posible, únicamente, porque el delito atribuido al joven es grave y, en algunos casos, cometido de la forma más atroz e inimaginable, pues con ello se obviaría la finalidad última de la jurisdicción especializada, que es, lograr la reinserción a la sociedad de un adolescente que necesita corrección.

Así tenemos que, si bien es cierto, el modelo de responsabilidad que actualmente impera en El Salvador exhorta a la aplicación de salidas alternas al proceso, a garantizar la última *ratio* a través de la adopción de medidas en medio abierto como primera opción, tanto cautelares como definitivas y a imponerlas el menor tiempo posible, también establece que, si el caso que se está juzgando debido a las circunstancias en las cuales se cometió el hecho, el nivel educativo del indiciado, su situación sociofamiliar y el grado de reprochabilidad, merece una sanción incluso privativa de libertad como lo es el internamiento, debe hacerse.

Asimismo, es preciso que se forme en la *psiquis* de los operadores del sistema la convicción de que, una vez impuestas las medidas —particularmente el internamiento— no es obligatorio que las mismas se cumplan en su totalidad, así como tampoco es un imperativo —a la luz de los principios rectores— cesar, revocar o modificar las mismas en todos los casos; la procedencia o no de ello dependerá de factores como de la actitud del indiciado dentro del centro de internamiento, los avances que revele el informe del equipo multidisciplinario que revise la medida etc.

Finalmente, también es vital que exista un cambio en la actitud de las demás partes en el proceso, particularmente de la FGR, institución que, como garante de la legalidad y la defensa de los intere-

ses del Estado y la sociedad, debe optar por políticas internas que permitan la consecución de los fines que por mandato constitucional le han sido atribuidos, pues parte de esos intereses es la reinserción del delincuente a la sociedad y no su exclusión. Es decir, debe existir un mejor aprovechamiento de los recursos, particularmente en la utilización de los distintos medios impugnativos y valorar de forma consciente si la interposición de los mismos será beneficiosa, no solo para lograr una condena o la imposición de una medida privativa de libertad, sino también de la consecución de los fines de la LPJ. También, debe formarse la consciencia de que un fallo favorable no siempre será una declaratoria de responsabilidad con una medida privativa de libertad; una resolución acorde a los intereses de la Fiscalía también puede ser la aplicación de una salida alterna o la imposición de una medida en medio abierto que logre que el adolescente a quien se está juzgando no vuelva a delinquir más y se vuelva, además, un elemento útil para la sociedad.

Únicamente al lograr el convencimiento de lo anterior, en El Salvador podrá hablarse de la consecución de los fines de la LPJ, de una justicia restaurativa y que el sistema penal juvenil como jurisdicción especializada verdaderamente funciona.

V. Bibliografía

Beloff, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, Santiago de Chile, noviembre de 1999.

Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, Santiago de Chile, Unicef, 1999.

González Valdez, Violeta, "Principios constitucionales de derecho penal juvenil en Paraguay", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, enero-diciembre de 2015.

Llobet Rodríguez, Javier, "La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, KAS A.C.

Sentencia de Inconstitucionalidad 52-2003 Ac pronunciada el 1o. de abril de 2004, El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sota Sánchez, André, "Programa penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional Peruano". Disponible en www.derechoycambiosocial.com/revista031/Programa_Penal_de_la_Constitución.pdf.

Tapia Parreño, Jaime, "La determinación de la pena y la elaboración de la sentencia en la jurisdicción penal juvenil", San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006.

Tiffer Sotomayor, Carlos, "Fines y determinación de las sanciones penales juveniles", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 4, 2012.

Cunjama López, Emilio Daniel *et al.*, "Prisión, reinserción social y criminalidad. Reflexiones sobre la situación carcelaria y la violencia social en México", Editorial Academia Española, 2012.

Fernández Bermejo, Daniel, "El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2014.

Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe. Tomo I, editado por el Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe de la UNAM, se terminó de imprimir en digital el 4 de enero de 2021 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial S. A. de C. V., Avenida Universidad 526-3C, colonia Vertiz Narvarte, alcaldía Benito Juárez, C.P. 03600, Ciudad de México. Se tiraron 250 ejemplares en papel Bond ahuesado de 90 gr. La formación tipográfica, en Baskerville de 12:15.2 y 10:12 puntos, estuvo a cargo de Irma Martínez Hidalgo. El cuidado editorial bajo la responsabilidad de Aída Díaz-Tendero.

DERECHOS HUMANOS Y GRUPOS VULNERABLES en Centroamérica y el Caribe identifica, con un enfoque inclusivo, todos los grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad en Centroamérica y el Caribe, en una serie de estudios realizados por destacados especialistas regionales y subregionales, en los dos tomos que integran esta obra. El primer tomo aborda tres grupos vulnerables: las mujeres, los migrantes, y los niños y niñas y adolescentes. El segundo tomo se dedica al análisis de otros grupos vulnerables como las personas mayores, las personas víctimas de desplazamiento forzado, las personas con discapacidad, las personas defensoras de derechos humanos y los pueblos indígenas, entre otros. Los objetivos de esta coordinación son, por una parte, reconocer el ámbito protector que constituye el sistema interamericano de derechos humanos, y por otra parte, contribuir a la comprensión panorámica y a la vez profunda del estadio de desarrollo en el que se encuentran la justiciabilidad, la jurisprudencia y la sociología jurídica de los derechos humanos de los grupos más vulnerables de la subregión de Centroamérica y el Caribe.

ISBN: 978-607-30-0414-5

unam

CIALC
Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe