

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



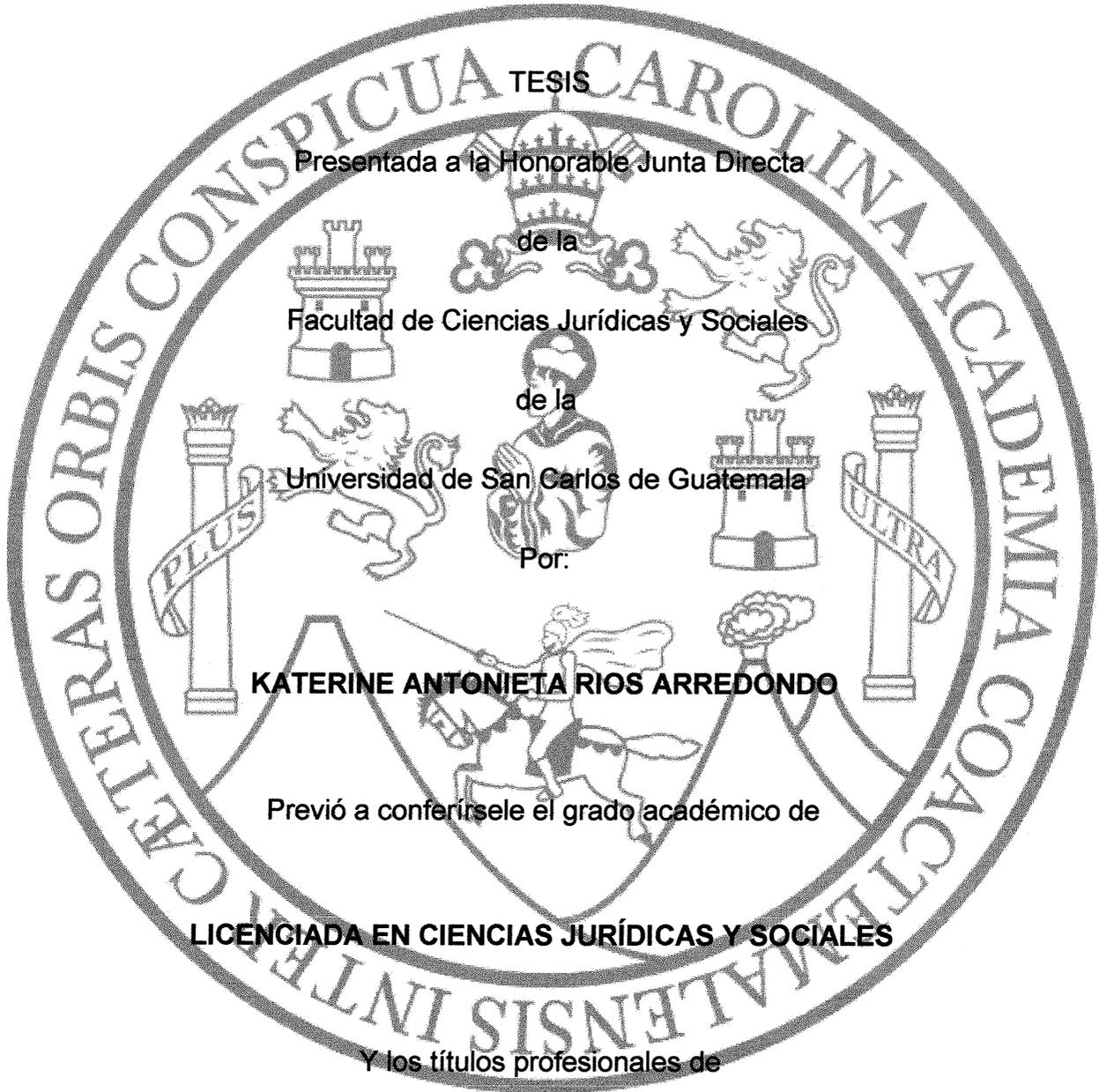
**PROCESO DE RECUPERACIÓN DE CUSTODIA DE HIJOS ESTADOUNIDENSES A
PADRES GUATEMALTECOS REPATRIADOS**

KATERINE ANTONIETA RIOS ARREDONDO

GUATEMALA, JULIO 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**PROCESO DE RECUPERACIÓN DE CUSTODIA DE HIJOS ESTADOUNIDENSES A
PADRES GUATEMALTECOS REPATRIADOS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directa

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

KATERINE ANTONIETA RIOS ARREDONDO

Previó a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio 2018

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutía
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic.	Saul Sigfredo Castañeda Guerra
Vocal:	Licda.	Arely Victoria Zelada Hernandez
Secretaria:	Licda.	Silvia Esperanza Fuentes López

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic.	Marvin Omar Castillo García
Vocal:	Lic.	Juan Antonio Aguilon Morales
Secretaria:	Licda.	Irma Leticia Mejicanos Jol

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

JAIME LEONIDAS RAMOS GODOY

Colegiado. 4912

Abogado y Notario



Guatemala, 17 de julio de 2017

Licenciado

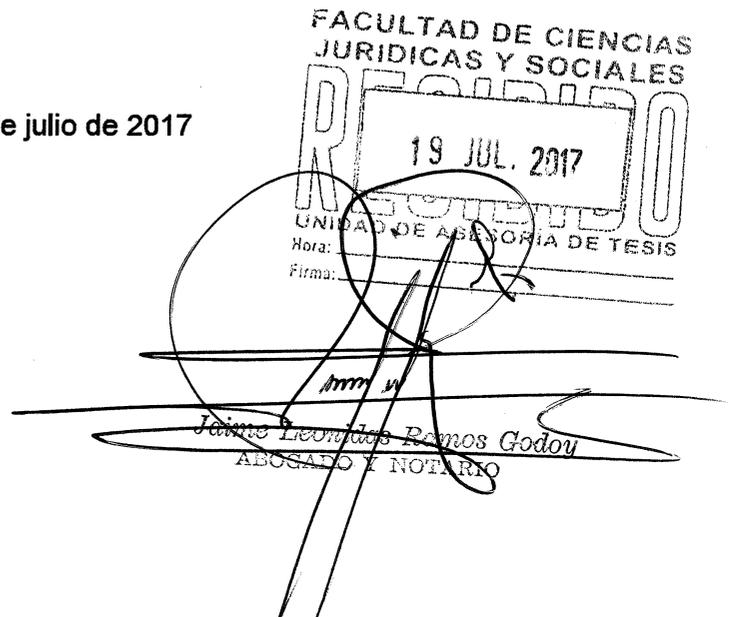
Roberto Fredy Orellana Martínez

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.



Licenciado Orellana:

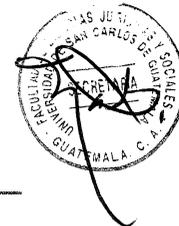
De manera cordial me dirijo a usted con el objeto de hacer de su conocimiento que en cumplimiento a la providencia de fecha cuatro de noviembre de dos mil dieciséis, en la que fui nombrado **ASESOR** del trabajo de Tesis de la Bachiller **KATERINE ANTONIETA RIOS ARREDONDO** intitulado "**PROCESO DE RECUPERACIÓN DE CUSTODIA DE HIJOS ESTADOUNIDENSES A PADRES GUATEMALTECOS REPATRIADOS**" me permito presentar mi dictamen de la manera siguiente:

- I. En atención a los requisitos establecidos para la presente asesoría, presté la misma a la bachiller **KATERINE ANTONIETA RIOS ARREDONDO**, para la adecuación y desarrollo del plan de trabajo, tanto en la metodología a observar, así como lo referente a la bibliografía y técnicas para su redacción.
- II. En el desarrollo del trabajo de tesis se utilizan las técnicas apropiadas para la elaboración, tales como: el análisis de obras que abordan el tema y leyes tanto ordinarias como convencionales; además se hicieron entrevistas a autoridades que se relacionan al tema, brindando a la bachiller delimitar el objeto de la investigación y de esta manera realizar un trabajo guiado a la finalidad que se perseguía.
- III. El tema presentado en la tesis se apega a la problemática que actualmente atraviesa la materia investigada, pues es un hecho notorio que todas las semanas llegan al país nuestro connacionales que son repatriados

JAIME LEONIDAS RAMOS GODOY

Colegiado. 4912

Abogado y Notario



principalmente de Estados Unidos de América y muchos de ellos dejaron a hijos que nacieron en ese país, por lo cual considero que su contenido aporta una posible solución a los presupuestos investigados.

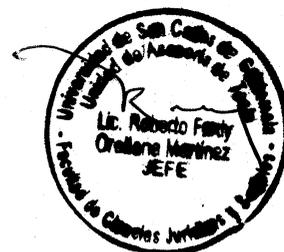
- IV. En cuanto al aspecto formal, la redacción del trabajo presenta un lenguaje que refleja respeto a la correcta dicción, sumamente asequible sin apartarse de las exigencias de un trabajo de tesis.
- V. La estudiante mostró apego a todas las etapas del método científico, planteando y discutiendo en forma debida la hipótesis formulada.
- VI. Declaro bajo juramento, que no me une ningún parentesco dentro de los grados de ley con la sustentante.
- VII. En virtud de lo anterior, opino que el trabajo de investigación asesorado, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, asimismo que la metodología y técnicas utilizadas, la redacción, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva y la bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación.
- VIII. Por lo expuesto, procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** respecto al trabajo de tesis, por estimar que el mismo cumple con lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para ser presentado previo al acto solemne de graduación.

Sin otro particular, me suscribo de su persona, por su atento y deferente servidor.

Lic. Jaime Leonidas Ramos Godoy
Abogado y Notario
Colegiado. 4912



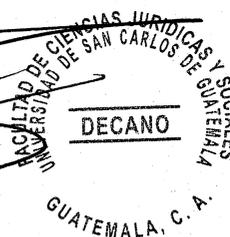
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de septiembre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante KATERINE ANTONIETA RIOS ARREDONDO, titulado PROCESO DE RECUPERACIÓN DE CUSTODIA DE HIJOS ESTADOUNIDENSES A PADRES GUATEMALTECOS REPATRIADOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS: Por ser mi fuente de sabiduría, quien me permitió presenciar en este mundo cada una de las experiencias vividas en este recorrido, por cada bendición y por mi hermosa familia.

A LA VIRGEN MARÍA: Eres el amor puro, que me guía y cuida en cada momento, por cubrirme siempre con tu manto protector y no dejarme fallecer en este proceso de mi vida.

A MIS PADRES: Delia de Jesus Arredondo Mijangos y Marcelo Rios Moreno, por guiarme, amarme y educarme para ser una persona con valores. Por su esfuerzo, sacrificio, honestidad y sencillez. Gracias por su ejemplo de lucha y enseñarme que se pueden alcanzar lo que uno desee, mientras se lo proponga y lo ejecute. Los amo demasiado y este logro es más suyo que mío.

A MI HERMANO: Christopher Gabriel Rios Arredondo, por siempre apoyarme y mostrarme que puedo ser capaz, por tu amor y paciencia.

A MIS ABUELOS: Isidoro Arredondo García (Q.E.P.D), Hortencia Moreno Juárez (Q.E.P.D) a quien extraño con todo mi corazón; Marcelo Rios Bran (Q.EP.D) y Martina Mijangos Corado por su cariño.

A MIS TÍOS: Porque han formado parte esencial en mi educación y por el apoyo que me han brindado. En especial a mis tías: Olivia Arredondo, Genara Arredondo, Silvia Arredondo y Carmela Arredondo y a mi tío: Oswaldo Arredondo, por su inmenso cariño y palabras de ánimo.



A MIS PRIMOS:

Gracias por su apoyo, por todo su cariño y formar parte esencial en mi vida. Porque cada uno me da una lección de lo hermoso que es recorrer el camino de la vida con personas tan incondicionales como ustedes.

A MIS AMIGOS:

A cada uno por su nombre, gracias por compartir experiencias en cada etapa conmigo, por apoyarnos a seguir adelante. Les aprecio mucho y a seguir alcanzando cada meta que nos propongamos.

A MI ASESOR:

Jaime Leonidas Ramos Godoy, por ser mi guía en esta fase significativa en mi formación académica, su paciencia y dedicación en la elaboración de mi trabajo de tesis y por cada consejo recibido en beneficio a mi ejercicio profesional.

A MI FACULTAD:

De Ciencias Jurídicas y Sociales, por las enseñanzas impartidas en cada aula, a cada catedrático que formó parte de este gran recorrido y mostrar respeto en el camino que inicio en esta bella profesión, trabajando con pasión y dedicación.

A MI UNIVERSIDAD:

A la gloriosa tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, gracias por la oportunidad de educarme en tus aulas y formarme como profesional en esta casa de estudios. Que los ideales que representan a tan prestigiosa Universidad sean guía para el ejercicio de tan honorable profesión.



PRESENTACIÓN

El proceso de recuperación de custodia de hijos estadounidenses a padres guatemaltecos repatriados, se basa en la calidad del proceso ya existente, el cual requiere de algunos cambios para que este pueda realizar los fines y objetivos con los cuales fue creado.

La presente investigación se encuentra sustentada por las ramas del Derecho Migratorio y el Derecho Internacional, las cuales se encuentran ligadas por las relaciones existentes entre los Estados de Guatemala y Estados Unidos de América, por los movimientos migratorios de guatemaltecos y las consecuencias que conlleva tal situación.

Los estudios realizados son extraídos del análisis doctrinario, legal y práctico de las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de los convenios internacionales y nacionales en la protección de la familia como parte de los deberes sociales del Estado, comprendidos entre los años 2011 a 2016, el cual se realiza dentro de la República de Guatemala.

La investigación se basa en los hijos estadounidenses de padres guatemaltecos repatriados, que por las consecuencias que ocasiona la repatriación, las familias son separadas, dicha situación conlleva un proceso para poder recuperar la custodia que es perdida de hecho por los padres guatemaltecos repatriados.

Debido a que la familia es la parte integral del desarrollo de un Estado, se analiza de manera detallada el proceso de recuperación de custodia de hijos estadounidenses a padres guatemaltecos y se proponen nuevas vías para agilizar dicho proceso, en colaboración de entidades nacionales, invitando al análisis concreto a cada situación por parte de los profesionales del derecho.



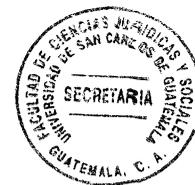
HIPÓTESIS

Debido a la situación migratoria de los guatemaltecos repatriados por Estados Unidos de América, se genera la problemática en cuanto a la recuperación de custodia de los hijos con nacionalidad estadounidense, la cual ha sido separada por las Cortes Familiares a petición del Sistema de Bienestar de la Infancia por cuestión de detención y repatriación de los padres, puesto que no existe un proceso concreto que establezca las condiciones necesarias para ser partícipe en el proceso ni las instituciones que se encarguen en brindar apoyo jurídico y social a los padres guatemaltecos repatriados, lo cual no permite la reunificación familiar.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis formulada fue validada a través de los métodos analítico y sintético, dando a conocer que, debido a la carencia de normas que regulen funciones atribuibles a las instituciones gubernamentales, las cuales amparen a los padres guatemaltecos repatriados por Estados Unidos de América, en el proceso de recuperación de custodia de los hijos con nacionalidad estadounidense recogidos por el Sistema de Bienestar de la Infancia de dicho país, no existe en Guatemala un proceso concreto que sustente la recuperación de la custodia de los hijos y por lo tanto, el derecho a la reunificación familiar.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Antecedentes de los movimientos migratorios.....	1
1.1 Historia de los desplazamientos humanos.....	1
1.2 Definiciones y conceptos.....	7
1.2.1 Clases de migraciones.....	11
1.2.2 Conceptos migratorios.....	14
1.3 Movimientos migratorios en Guatemala.....	16
1.4 Código de Migración.....	20

CAPÍTULO II

2. La migración y sus efectos en los guatemaltecos.....	25
2.1 Características de las migraciones.....	25
2.2 Deportación o repatriación.....	29
2.3 Efectos de las migraciones.....	32
2.4 Instituciones nacionales e internacionales que velan por los derechos del migrante y sus familias.....	39
2.4.1 Consejo Nacional de Atención al Migrante –CONAMIGUA-.....	39



Pág.

2.4.2 Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala –MENAMIG-.....	40
2.4.3 Centro Pastoral de Atención al Migrante.....	40
2.4.4 Organización Internacional para las Migraciones –OIM-.....	41
2.4.5 Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familias.....	41
2.4.6 Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones -RROCM-.....	42

CAPÍTULO III

3. La Nacionalidad como un derecho fundamental.....	43
3.1 Nacionalidad y Estado.....	43
3.2 Derechos fundamentales del ser humano.....	48
3.3 Nacionalidad como un derecho fundamental.....	54
3.4 Apátridas.....	59
3.5 Legislación nacional e internacional en materia de derechos fundamentales.....	66
3.5.1 Constitución Política de la República de Guatemala.....	66
3.5.2 Declaración Universal de Derechos Humanos.....	67
3.5.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	68
3.5.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	68
3.5.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	68
3.5.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	69
3.5.7 Instrumentos en materia de derechos humanos específicos.....	69



CAPÍTULO IV

4. Proceso de recuperación de custodia de hijos estadounidenses a padres guatemaltecos repatriados.....	71
4.1 Custodia.....	73
4.2 Sistema de Bienestar de la Infancia.....	78
4.3 Derechos y principios de los niños, niñas y adolescentes.....	83
4.4 Análisis del proceso de recuperación de custodia.....	90
4.5 Proceso de recuperación de custodia de hijos estadounidenses a padres guatemaltecos repatriados.....	95
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

El fenómeno de las migraciones es abordado desde diversos puntos de vista, ya que es una problemática que afecta en gran medida a todos los Estados. Pero en muchos casos las investigaciones van enfocadas solo a la persona migrante, a pesar de que existe legislación nacional e internacional que amparan al migrante y sus familiares, el esfuerzo es dedicado al migrante como tal. Es por tal motivo, que es preciso realizar un estudio encaminado a las consecuencias que produce la repatriación de los guatemaltecos y los hijos que tengan nacionalidad estadounidense, quienes son recogidos por el Sistema de Bienestar de la Infancia, obligados a un proceso pendiente para poder recuperar la custodia de los hijos.

El objetivo de la investigación se fundamenta en lo importante que es para el Estado de Guatemala formar parte de los procesos de recuperación de custodia de los hijos de guatemaltecos nacidos en Estados Unidos de América, ya que cumple con el principio a la protección de la persona y la familia que estipula la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por medio de la hipótesis formulada se pudo comprobar que es necesario la creación de normas que regulen a instituciones gubernamentales la función de participar y amparar a los padres guatemaltecos repatriados en el proceso de recuperación de custodia que ha sido sustituida por las Cortes Familiares estadounidenses otorgadas a favor del Sistema de Bienestar de la Infancia y de esta manera garantizar la reunificación familiar.

El fundamento esencial al momento de realizar la investigación en cuanto a los fenómenos sociales, es el análisis de las legislaciones en cuestión, así como las teorías históricas, sociales y jurídicas existentes, tanto en el ámbito espacial como temporal, pues de ahí se derivan las consecuencias que tendrá el proceso de recuperación de custodia, los efectos sociales a los que están afectos los hijos de guatemaltecos nacidos en Estados Unidos de América.



Términos como deportación y repatriación, resultan relevantes para la investigación debido a la complejidad en su interpretación. De igual forma, se hace imprescindible el análisis del concepto Custodia como el de Sistema de Bienestar de la Infancia.

Ahora bien, el presente trabajo de tesis se encuentra dividido en cuatro apartados. El capítulo I, se refiere a los antecedentes de las migraciones internacionales y nacionales, así como los conceptos más relevantes del tema migratorio. La migración y sus efectos en los guatemaltecos, se encuentra desarrollado en el capítulo II, en donde también se explica la diferencia entre deportación y repatriación. El capítulo III se encuentra guiado a los principios axiológicos que marcan los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a una nacionalidad. Por último, en el capítulo IV se desarrolla el proceso de recuperación de custodia de hijos estadounidenses a padres guatemaltecos repatriados.

Los métodos jurídico, analítico y sociológico forman parte importante para la elaboración de la investigación. De igual manera, la consulta bibliográfica y el estudio de campo permitieron verificar y ajustar el contenido.

El Estado debe de asegurar la protección a la persona y a la familia, por tal presupuesto debe asumir la postura de garante frente al proceso de recuperación de custodia, así como establecer leyes que involucren a instituciones creadas con el fin de promover el resguardo a los derechos de la familia y de los niños, niñas y adolescentes, en respuesta a la solución de los problemas sociales que afectan a los guatemaltecos migrantes.



CAPÍTULO I

1. Antecedentes de los movimientos migratorios

La movilidad es parte del ser humano, es tarea difícil que las personas permanezcan en un lugar determinando, es una característica en la naturaleza que los seres vivos se trasladen de un lugar a otro y tal situación viene desde las épocas antiguas de la humanidad. Dicha práctica en la antigüedad era utilizada para encontrar alimento y poder sobrevivir. Luego debido a la necesidad de los pueblos fue utilizada como un medio de comercio, mediante el trueque; otros pueblos proporcionaban sus insumos a los que no lo producían y en viceversa. Luego grupos buscan mejoras en su calidad de vida en otros territorios, distintos al de su nacimiento o por peligro debido a desastres naturales se encontraban obligados a fincar su residencia en otro lugar.

Poco a poco debido a esos desplazamiento, los pueblos inician a crear leyes o normas para regular a los nuevos habitantes, tal y como sucede en la antigua Roma en donde *ius civile*; que norma solo a las personas con nacionalidad romana y el *ius gentium*; que se aplicaba indistintamente a la nacionalidad de las personas.

1.1 Historia de los desplazamientos humanos

Desde los inicios del ser humano, el desplazamiento de personas ha sido una parte fundamental, debido a la búsqueda de medios para poder sobrevivir. Considerando



como movimientos migratorios a ese desplazamiento de masas que sobrepasan las fronteras de la nación, en pro de una mejora personal. El movimiento de personas tiene estrecha relación a los factores económicos, políticos y culturales, debido a las situaciones en las que se vive en la sociedad de origen, con la vulnerabilidad de derechos inherentes a la persona.

Existe una relación entre el movimiento migratorio y la globalización, debido a la industrialización de los medios de producción, en el cual se da un aumento a los desplazamientos de personas. La situación de la globalización data desde la época en donde los esclavos eran comercializados para poder utilizarlos como fuerza de trabajo, lo cual es un aporte para el proceso de modernización y un paso esencial para el desarrollo y expansión del capitalismo debido a que representaban mano de obra barata. Esto indica que, la movilización precolombina, desplazamientos contemporáneos hasta las migraciones irregulares o indocumentadas, originan el desarrollo de los programas de trabajadores invitados para países industrializados.

Abordando la globalización desde la economía, se remite que es un conjunto de procesos y cambios cuantitativos, debido a las fases de la internacionalización de los sistemas de producción, el aumento del comercio y el capital como consecuencia. Debido a ese desarrollo e incremento del capital, se da la exteriorización de los procesos de producción y el desplazamiento de economías altamente calificadas para el surgimiento del comercio internacional, del cual se deriva el incremento en la mano

de obra barata calificada, desplazando a masas extensas para la producción y el desenlace de una economía internacional.

La relación que existe entre migración y globalización no es un tema que se haya dado en las últimas décadas del Siglo XX y la primera del Siglo XXI, sino que, como en muchos ámbitos de la raza humana ha formado parte del proceso de modernización y se desenvuelve algo esencial para la expansión y continuo desarrollo del capitalismo moderno, dando un giro importante a la movilidad y adquisición de mano de obra barata y especializada. Esa “fuerza de trabajo se fue absorbiendo en las distintas instancias de poder económico y político, un ejemplo de la adquisición de mano de obra barata, se da en la invitación por parte de países industrializados —Alemania, Bélgica, Inglaterra, Suiza y Francia, entre otros—, el programa Bracero para los mexicanos en Estados Unidos y los actuales programas de selectividad migratoria en que se recluta a los mejores estudiantes y recursos humanos calificados.”¹

También cabe mencionar que los movimientos de personas es relacionado al desarrollo que busca el hombre como parte de su diario vivir y el fortalecimiento de los nuevos modelos en la economía en donde asegura a los sectores productivos.

“Entre los Siglos XVII a XIX, se comercializaron más de 15 millones de esclavos para que trabajaran en las plantaciones y minas del nuevo mundo, en torno a las cuales se cimentó una parte fundamental del motor económico de los principales imperios

¹ Martínez Pizarro, Jorge. **América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo.** Pág. 30



coloniales. En 1770 había cerca de 2,5 millones de esclavos que producían un tercio del valor total del comercio europeo. En los Siglos XVIII y XIX, el alto precio de los productos provenientes del Caribe, como café, cacao, algodón y azúcar, generó una gran demanda de mano de obra en plantaciones y minas de oro y plata a fin de satisfacer los requerimientos externos, principalmente de Europa. La disminución y extinción de la población indígena determinó la formación de un sistema de reclutamiento forzado de personas provenientes de la costa oeste de África y de Madagascar, que transformó la composición demográfica del Caribe y Centroamérica.”²

De esos movimientos significativos, en donde el hombre, de manera voluntaria u obligada, recorre distancias dejando atrás su residencia o la porción territorial que le pertenece administrativamente a regiones distintas, son las que han marcado los movimientos de masas; en donde se busca el progreso de la persona y de las naciones, lo cual ha llevado a la creación de grandes tecnologías, un sistema capitalista complejo, surgimiento de legislaciones que regulen el tránsito de esos flujos de personas.

Las migraciones no solo ayudan al desarrollo integral de la persona y de la familia, sino que va más allá; sirve como una fase importante del lugar de origen y un cambio significativo al lugar donde se asientan, también denominado actualmente como el territorio de destino. Por tales motivos se da la relación estrecha entre las migraciones y la economía.

² *Ibíd.* Pág. 30



Tanto los datos históricos como los datos antropológicos han demostrado que el hombre migra en busca de desarrollo, por lo tanto siempre que se estudia el comportamiento de las personas, tienen que estar ligados a constantes movimientos.

Hay desplazamientos que marcan una etapa importante para cambiar de épocas o temporadas dentro de la historia, tal y como sucede en la llamada primera fase globalizadora y movimientos masivos de población, lo cual se da a mediados del Siglo XIX a 1913, época que se distingue como “un período de liberalización e integración comercial basado en una intensa movilidad de capitales y mano de obra que, en gran parte, obedeció a la disminución de los costos del transporte. Gracias a las nuevas tecnologías se tornó mucho más eficiente el barco a vapor, principal sistema para el traslado de mercancías entre los distintos continentes. La apertura del canal de Suez, en 1869, contribuyó en esta misma dirección y entró a competir con las rutas asiáticas. Por otra parte, la construcción de ferrocarriles en Europa, Rusia y Estados Unidos facilitó la consolidación de los mercados nacionales.”³

El detrimento de los factores productivos, con los nuevos medios de transporte, “junto con los grandes capitales acumulados durante el colonialismo y los desequilibrios en el mercado laboral, impulsó el proceso de industrialización y generó la migración en distintas direcciones. En este período, en Europa se produjeron importantes corrientes migratorias, tanto hacia ultramar como al interior del continente. Algunos buscaron en Estados Unidos y América Latina un destino para escapar del proceso de

³ **Ibíd.** Pág. 31

proletarización, mientras que otros se trasladaron del campo a la ciudad o se emplearon como mano de obra de reemplazo en las principales economías europeas.”⁴

Otro momento importante para el derecho migratorio se da en el desarrollo de las dos guerras mundiales, las cuales marcan de los años 1914 a 1945 y la depresión en el 1930, en donde se da el retroceso de la liberalización y de la integración comercial, el incremento en el nivel de proteccionismo y la vigilancia estatal de las economías nacionales.

La segunda fase de globalización, de 1945 en adelante, se caracteriza en que los Estados receptores de migrantes inician a crear leyes que restringen los derechos de quienes llegan a su territorio y quienes contraten mano de obra migrante. El contenido de las legislaciones se convierte riguroso, pero el aumento en los flujos de personas que cruzan las fronteras no se detiene.

“El incremento de las restricciones al ingreso y permanencia de inmigrantes en Estados Unidos y la Unión Europea, principales destinos de la migración latinoamericana y caribeña, ha dado lugar a una emigración por conductos irregulares, incentivada por la demanda laboral e instrumentalizada por mafias que trafican con personas, lo cual sitúa a los derechos humanos en el centro de las preocupaciones que despierta este desplazamiento.”⁵

⁴ Castle, Stephan; Miller Mark. **La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno.** Pág. 70

⁵ Martínez Pizarro. **Op. Cit.** Pág. 40

1.2 Definiciones y conceptos

Los términos que enmarcan el derecho migratorio y el derecho internacional se desprenden de ciertos factores que reúnen una serie de características y los cuales pueden variar en cada Estado o la administración que lleven a cabo en cuanto al tema; inclusive por el sistema de gobierno que los Estados ejecuten. Los conceptos pueden discrepar o crear conflicto y confusión para las personas, cuando se compara e investiga con otros textos.

Las diferencias en cuanto a la definición entre los términos o conceptos se encuentran por los fenómenos culturales, políticos, económicos, sociales; de igual forma puede influir la tradición de los Estados. En donde cada Estado define las bases en las leyes internas y el camino que irán regidas, denominan de distintas maneras a los fenómenos que ocurren dentro del territorio que le corresponde.

La Organización Internacional para las Migraciones, reúne un grupo de términos y conceptos, los cuales han sido adoptados por algunos Estados, pero no todas las legislaciones los toman suyos, utilizando sus propios conceptos, aunque esta situación causa conflictos en la interpretación.

En este apartado, se citarán algunos términos que la Organización Internacional para las Migraciones ha definido, con el objetivo de ilustrar y entender las figuras jurídicas que forman parte de los desplazamientos humanos.



Previo a analizar los términos y conceptos relacionados con el Derecho Migratorio, se definirá el derecho a migrar, facultad del ser humano, también denominado dentro del derecho como un derecho subjetivo, de carácter universal que se basa en la libre circulación de las personas de un territorio a otro, ya sea de una región, municipio, provincia o Estado; en donde la característica fundamental se sostiene en el cambio de una unidad administrativa.

En cuanto al derecho de migrar, la Declaración de los Derechos Humanos, en el Artículo 13, regula que: toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en un Estado.

Esto quiere decir que, la migración, es el movimiento o flujo de personas que se da de un lugar a otro, por distintas circunstancias, tales como: economía, política, efectos sociales, efectos naturales, en el cual existe un cambio de unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política, con el ánimo de permanecer de forma indefinida o temporal, siendo un lugar distinto al de origen. De esto se desprende la migración extra territorial, consistente en el desplazamiento desde países de una región hacia otras regiones. La migración, es el punto de vista geográfico del movimiento.

Entonces migración y, por ende, migrante, “están construidas a partir de distintos contextos políticos, sociales, económicos o culturales, que pueden variar ampliamente. Existen variaciones reales en el significado social y económico del fenómeno de la migración, y una tipología de la migración puede desarrollarse sobre la base de varias

distinciones. La política migratoria y administrativa de la migración serán influenciadas por las distinciones que se elijan para apoyar las definiciones de trabajo.”⁶ El concepto migrante, se deriva del punto de vista humano en el derecho migratorio.

Desde la teoría general de los desplazamientos humanos, cuando una persona que abandona su país con la intención de residir en otro, se denomina emigrante. En el territorio al que se dirige, esa persona será considerada como un inmigrante, o se le otorgará un calificativo análogo que estará determinado bajo las leyes del nuevo lugar o el que ha servido de tránsito. Por esta razón, muchos autores o legislaciones los denominan migrantes, dado que, es un término general que los anteriores, emigrante o inmigrante, debido a que no especifica la dirección del movimiento.

La migración ha tenido desde sus inicios diferentes causas; inclusive en el mismo individuo, los motivos pueden ser diversos. Conforme los años, las migraciones y los términos que se engloban dentro de los movimiento migratorios, se han tornado más complejos y completos, ya que se definen dependiendo del ánimo de la persona que migra o la intención de permanecer en el lugar de arribo; las causas internas y externas ahora forman una parte esencial para poder analizar el desplazamiento. Tal es el caso de los migrantes económicos, los que buscan asilo, personas de negocios, estudiantes o profesionales calificados.

Ahora bien, luego de haber definido los términos de manera general, es prudente profundizar el derecho migratorio, realizando la distinción entre la migración interna y

⁶ Organización Internacional para las Migraciones. **Terminología**. Pág.6



migración internacional. La migración interna “es un movimiento dentro del mismo país, de una unidad administrativa, como una región, provincia, o municipalidad, a otra. En contraposición, la migración internacional involucra el cruce de una o varias fronteras internacionales, lo que resulta en un cambio en el estatus legal del individuo. La migración internacional también incluye movimientos de refugiados, personas desplazadas, y otras personas forzadas a dejar su país.”⁷

En la migración internacional se puede dar la inmigración o emigración, eso dependerá de la dirección que el individuo opte y el país, tanto de origen como el de destino, sea considerado. Las direcciones que el importe total de personas toma, se da de dos maneras: el flujo hacia afuera o el llamado emigración y flujo hacia dentro, conocido como inmigración.

El factor común en los flujos migratorios, es el ánimo de establecer residencia en el lugar adoptado para realizar el desplazamiento. La persona, denominada migrante, tiene la voluntad y un motivo personal para decidir establecerse en otro lugar, abandonando el de origen, pero no es obligado por fuerza exterior. A esto se agrega que no importa la situación documental del sujeto, pueda que se haya desplazado con los documentos legales o lo haya hecho sin la documentación requerida, designando como regular e irregular. Pero se excluye a los individuos que viajan de vacaciones, por negocios, tratamiento médico, o por peregrinaje, no son considerados migrantes, porque su movimiento es voluntario, pero no es permanente, ni existe el ánimo de establecer residencia en el lugar movilizado.

⁷ *Ibíd.* Pág. 7



1.2.1 Clases de migraciones

Ya se ha hecho la diferencia entre la migración interna y migración internacional, en donde la migración interna; es el cambio de residencia entre una región a otra de un mismo país. En cuanto a la relación internacional; consiste en el desplazamiento de personas que dejan el país de origen o donde se encontraba su residencia, para acentuarse en otro país, requisito esencial, el cruce de fronteras en diferentes Estados.

a) Migración temporal y permanente

La migración también puede ser de carácter temporal, la cual versará que existe un tiempo establecido para que el sujeto regrese a su país de origen. Mientras que, en la migración permanente; la persona tiene ánimo de iniciar sus relaciones en el nuevo territorio. En esta clasificación, el fenómeno se contempla desde el punto de la ausencia del lugar de origen con la duración en la estadía en el lugar de destino.

b) Migración forzada

Es el movimiento por medio del cual los motivos del desplazamiento son ajenos a la voluntad de las personas, con el fin de salvaguardar la vida deciden realizarla. Conforme a esto, muestra incongruencia, dado que, es un caso excepcional a que en los desplazamientos migratorios existe una amenaza latente para que la persona o grupo de personas estén forzadas a abandonar su lugar de origen para plasmar su

residencia en otro lugar. “Este término aplica los movimientos de refugiados y a los intercambios forzados de poblaciones entre Estados.”⁸

c) Migración irregular o indocumentada

En cuanto a la migración irregular o indocumentada, es el tipo de migración que, prevalece la irregularidad del traslado, cruzando fronteras e ingresando a un país distinto, no poseyendo la documentación necesaria para el ingreso; también puede conllevar, que se utilicen documentos fraudulentos. Tiene estrecha relación con el tráfico de migrantes.

d) Migración neta

La migración neta, no es más que el equilibrio que resulta de la diferencia entre las llegadas y las salidas. En términos técnicos, es llamada inmigración neta; cuando los arribos exceden a las salidas y emigración neta; en la situación opuesta, las salidas exceden las llegadas.

⁸Ibíd. Pág. 11

e) Migración ordenada

Se refiere al movimiento de una persona del lugar de residencia a uno nuevo, cumpliendo con los requisitos que las leyes del nuevo territorio establecen, tanto para la salida, el viaje, tránsito e ingreso del país de arribo.

f) Migración laboral

Ligada también con los permisos laborales que los Estados otorgan a extranjeros, la migración laboral, a diferencia de las anteriores, las razones que la motivan son eminentemente económicas, por lo cual se busca un empleo, ubicándose en ciudades o regiones específicas.

g) Migración masiva

La migración masiva, son aquellos movimientos que se dan por medio de grandes grupos de personas, que deciden desplazarse a otro lugar distinto al de origen. En muchas situaciones, este fenómeno se da cuando hay desastres naturales, guerras internas en los Estados o conflictos políticos.

1.2.2 Conceptos migratorios

El derecho migratorio, como todas las ramas de la ciencia del derecho, posee términos o conceptos propios para su interpretación y comprensión de cada uno de sus fenómenos.

a) Deportación

El término de deportación causa confusión en algunos aspectos, debido que, en algunos Estados, es considerado de manera distinta a otros. La Organización Internacional para las Migraciones la define como: “al acto de un Estado por medio del cual saca a una persona que no es su ciudadano de su territorio después de que se le negó la admisión o que se le terminó el permiso para permanecer en el.”⁹ (sic)

En otras aseveraciones el término deportación, no es más que, el proceso que los Estados utilizan para la expulsión de cualquier persona que no sea ciudadana del lugar, lo cual, el proceso lo conoce una corte migratoria. Cuando el proceso de deportación finaliza y se sentencia la expulsión del migrante, a esa figura se le denominará repatriación.

⁹ *Ibíd.* Pág. 11



b) Expulsión

La Expulsión, en algunos Estados, es el retiro del sujeto de su territorio, pero para la Organización Internacional para las Migraciones, es la actividad de informar la prohibición que tiene la persona para permanecer en un Estado distinto al de su origen. La orden se puede dar en dos situaciones, cuando el individuo ingresó ilegalmente o no se encuentra autorizado para permanecer en ese Estado.

c) Re migración

Re migración, este desplazamiento se caracteriza porque la persona retorna a su país de origen y, en un futuro; el individuo de nuevo dejará su residencia para migrar al lugar donde había permanecido por varios años o a uno nuevo.

d) Repatriación

Repatriación, otro tema que causa duda al momento de su interpretación. Muchos Estados adquieren este concepto como el acto de enviar a un individuo a su lugar de Origen, por ejemplo, Haití y República Dominicana utilizan esta terminología para referirse al envío de personas no ciudadanas de su país. En cuanto esto la Organización Internacional para las Migraciones, lo define como una subcategoría de la migración de retorno, pero marca la expulsión de refugiados quienes son enviados a su lugar de origen o también los prisioneros de guerra, según la Convención de Ginebra



de 1949, así también los civiles en tiempos de guerra, y diplomáticos en tiempos de crisis, de conformidad con las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961 y 1963 respectivamente.

e) Migración de retorno

Es el término general para devolver a un individuo a su país de origen, siendo el movimiento que realiza después de permanecer al menos por un año en lugar distinto al de su residencia. De este concepto se derivan la terminología de expulsión, deportación o repatriación.

f) Migración total

Migración total, no es más que la cantidad o sumatoria de entradas de inmigrantes y de salidas de emigrantes.

1.3 Movimientos migratorios en Guatemala

Debido a la posición geográfica, "Guatemala es el país con el mayor flujo de migración en América Central. No solamente es propulsor de un número considerable de emigrantes hacia el Norte, sino también es el país de tránsito por más de 90% de los emigrantes del istmo centroamericano."¹⁰ Por ese motivo Guatemala ha formado parte de un escenario de situación similar a la de México. Durante toda la historia, se ha

¹⁰ Italia. Pág. 181

observado diversos y simultáneos movimientos migratorios. Se destaca como primer fenómeno migratorio, la movilidad estatal y temporal interna y transfronteriza, en parte fuertemente realizada por los trabajadores agrícolas.

La fase migratoria, se produce en Guatemala arribando los años 40, y corresponde a la migración campo-ciudad. Las personas, debido a la pérdida de cosecha, la desigualdad de la tierra entre los habitantes, deciden movilizarse a la capital, en busca de empleo y estabilidad económica. En los procesos migratorios en Guatemala, la Revolución de 1944, fue una etapa fundamental para el desplazamiento de guatemaltecos a otros países. Luego, entre los años 1950 y 1964, se desarrolló el mayor flujo migratorio "impulsado por la diversificación agrícola, la industrialización y la modernización productiva."¹¹ Influye la modernización en la década de los sesenta, la expansión del conflicto armado interno en la década de los ochenta, el final del proceso de paz en 1996 y la globalización contemporánea.

Los principales países de destino se constituyen tanto en países de Europa como en Estados Unidos de América. En la década de 1944, inician las primeras redes sociales migratorias en el exterior, considerándose como los primeros migrantes guatemaltecos que salen del país.

"La guerra civil entre 1960 y 1996 cambió fuertemente los movimientos migratorios en Guatemala. La violencia y las violaciones de Derechos Humanos obligaron a miles de guatemaltecos y guatemaltecas a huir del país y refugiarse en México, Canadá o

¹¹ *Ibíd.* Pág. 182

Estados Unidos. Uno de los elementos precursores de esta iniciativa fue el golpe de Estado a Jacobo Arbenz (1954), primer presidente elegido de manera democrática, quien hizo el intento de realizar un tipo de reforma agraria, en la que habría expulsando a la United Fruit Company.”¹²

“Durante los años sesenta, se amplió el proceso de emigración de guatemaltecos hacia los Estado Unidos de América, protagonizada por los denominados *pioneros*, principalmente hacia las ciudades de Houston, Los Ángeles, Miami, Chicago y Nueva York. Se estima que para la década de los sesenta, aproximadamente 10 mil guatemaltecos vivían en los Estados Unidos de América.”¹³

Es en la década de 1970 la magnitud, dirección y características de los migrantes guatemaltecos experimentan cambios sustanciales. Se deriva del terremoto de 1976 un factor con gran injerencia en la población guatemalteca que aumenta los procesos migratorios hacia varios destinos, incrementando el número de guatemaltecos en los Estados Unidos de América.

“Según el censo de población de los Estados Unidos de América, la tendencia de crecimiento de la comunidad inmigrante guatemalteca en dicho país pasó de 17,356 en 1970 a 63,073 en 1980, es decir se experimentó un incremento de 45,717 guatemaltecos en 10 años.”¹⁴

¹² Landry Véronique. **Migración y cambios sociales en Guatemala**. Pág. 4

¹³ Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala. **Marco general y descripción de acciones del Estado de Guatemala en materia migratoria**. Pág. 11

¹⁴ **Ibid.** Pág. 12

Durante los años ochenta, la situación laboral se agrava en Guatemala, obligando a los guatemaltecos a agenciarse para sobrevivir en una situación precaria de insumos y medios para el diario vivir, aumento de igual forma los movimientos forzados de personas a consecuencia del conflicto armada interno, derivándose una creciente en el flujo migratorio hacia los Estados Unidos de América. El fenómeno laboral y el conflicto armado interno durante esa década se observó distintas variantes: refugiados, refugiados dispersos, guatemaltecos desplazados internos, exiliados y migrantes que se dirigieron a los Estados Unidos de América.

Posteriormente en los años noventa, nuevamente se acrecentó el número de guatemaltecos que se desplazan al exterior, siempre dirigida a los Estados Unidos de América. Con la suscripción del Acuerdo de Paz Firme y Duradera, en 1996, las condiciones de migraciones transnacionales de manera regular, presentaron una tendencia continua y elevada.

“La implementación desde el Estado a políticas de ajuste estructural neoliberal, forzaron a la población guatemalteca a emigrar desde la década de los noventa, especialmente entre la población agrícola y área urbana a causa de los desempleos que fueron cesados del sector público. Los flujos siguen incrementando hacia los Estados Unidos de América, provenientes de la totalidad de los departamentos del país y la emigración internacional se constituyó en la tendencia dominante y adquirió su naturaleza eminentemente económica.”¹⁵

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 14

En la actualidad, los movimientos migratorios han sido y son un factor clave en la vida económica, social y política de Guatemala, como consecuencia a los escasos empleos y salarios. Tomando en cuenta que las circunstancias que en el nuevo milenio aparecen, forman un conjunto de todos los factores anteriores y los que ahora afectan a la población guatemalteca, como: la inseguridad, la educación, la corrupción, las altas tasas de impuestos.

Dado a los desplazamientos masivos de migrantes, Estados Unidos de América ha adoptado medidas que permitan el control en el ingreso de los flujos migratorios, utilizando medidas drásticas, para que su soberanía no sea afectada.

Debido al movimiento migratorio de guatemaltecos hacia Estados Unidos de América que han formado parte de la historia de Guatemala y a los métodos de seguridad que han creado las autoridades estadounidenses en cuanto al fenómeno migratorio, se han generado una serie de consecuencias para los migrantes guatemaltecos, la separación de las familias y en muchos casos la pérdida de la custodia de los hijos.

1.4 Código de Migración

El Congreso de la República de Guatemala, el 20 de septiembre de 2016, aprobó el nuevo cuerpo legal que regula lo relativo a las migraciones nacionales, tanto de guatemaltecos que quieran salir del país como los extranjeros que ingresan al territorio guatemalteco. El proyecto de ley había estado por varios años varado, los avances

eran escasos y no se veía claro que fuera de importancia su aprobación, rigiendo los movimientos migratorios por el decreto número 95-98 del Congreso de la República.

El nuevo cuerpo legal nace con el Decreto número 44-2016 del Congreso de la República, el cual desde su proposición por el diputado Jean Paul Brierre tuvo obstáculos, hasta el momento de su entrada en vigencia el 17 de diciembre de 2016, en donde por un amparo provisional, la Corte de Constitucionalidad deja en suspenso su entrada en vigor. La acción fue presentada por la Procuraduría General de la Nación y la Dirección General de Migración, en cuanto que a su consideración existen vacíos legales. Uno de los temas más controvertidos es la desaparición de la Dirección General de Migración, además porque deja sin efecto muchas atribuciones del Ministerio de Trabajo, relacionado a los permisos laborales a migrantes.

Recientemente la Corte de Constitucionalidad ha revocado la suspensión provisional otorgada el 16 de diciembre de 2016, adquiriendo carácter vigente el Código Migratorio. Cabe mencionar que el órgano constitucional no ha resuelto en definitiva las peticiones presentadas, las cuales versan dentro los expedientes acumulados 6351-16, 6362-16 y 6471-16.

Debido a esa revocatoria, por medio del Acuerdo gubernativo 83-2017, emitido por el Presidente de la República, se da inicio a la transición de la Dirección General de Migración a el Instituto Guatemalteco de Migración, en donde se acuerda dar continuidad a los servicios en materia migratoria, en tanto se emita la reglamentación y



entre en funcionamiento el Instituto Guatemalteco de Migración. De igual manera que todas las dependencias cuya competencia se encuentren vinculada al tema migratorio, continuarán prestando los servicios, hasta que entre en funcionamiento el IGM.

Las estipulaciones del acuerdo gubernativo iniciaron a regir el 8 de mayo del presente año. También establece que la persona que ocupa el puesto de Director General de Migración se mantendrá en el cargo hasta que sea presentado y aprobado el plan de transición.

El Decreto 44-2016 del Congreso de la República, Código Migratorio, está conformado por tres libros. El primer libro, establece todo lo relacionado con el derecho migratorio en general; como el derecho a migrar y los derechos universales de los migrantes y sus familias; los derechos de las personas que han sido víctimas de la trata de migrantes; como el reconocimiento de refugiados y asilo político, también lo relacionado al sistema migratorio en cuanto a los documentos de viaje para los nacionales y extranjeros, el estatus de los extranjeros dentro del territorio guatemalteco. El libro segundo, versa la regulación del Sistema y Políticas Migratorias.

En el Código de Migración, destaca la creación del Sistema Migratorio Guatemalteco, en donde se crea el Instituto Guatemalteco de Migración, el cual se descentraliza del Organismo Ejecutivo. El Artículo 122, establece sus funciones, entre las cuales prevalecen la ejecución de la Política Migratoria emitida por la Autoridad Migratoria Nacional; la coordinación en conjunto con las Secretarías y Ministerios de Estado las



acciones para la atención, asistencia y protección de los migrantes y cumplir con el seguimiento de los resultados y objetivos de la Política Migratoria.

La Autoridad Migratoria tiene a su cargo la formulación, creación y supervisión de la Política Migratoria, esto con base al Artículo 116, en donde se le conoce como la autoridad encargada de velar para que la formulación se dirija a la protección de los derechos humanos y fundamentales de los seres humanos. El libro tercero, regula todo lo referente a las disposiciones finales, transitorias y derogatorias.

En el último apartado se contemplan las normas no derogadas de la Ley de Migración, referente a los delitos y faltas; tráfico ilícito de personas, la facilitación ilícita de permanencia, facilitación ilícita de trabajadores migrantes extranjeros, tráfico ilegal de guatemaltecos, los agravantes y la investigación de los delitos.





CAPÍTULO II

2. La migración y sus efectos en los guatemaltecos

Grande es la gama de consecuencias que genera la migración en los pueblos, desde cuestiones sociales, económicas, políticas, culturales y personales.

Los desplazamientos de personas a otras regiones o unidades administrativas han sido y son fenómenos complejos que vienen aparejados con otros fenómenos sociales, que considerados como un conjunto marcan el desarrollo de las sociedades en los ámbitos laborales, comerciales, políticos entre otros aspectos. En las migraciones surgen las nuevas tendencias legislativas por los Estados emisores y receptores.

2.1 Características de las migraciones

En las últimas décadas, los desplazamientos migratorios que cruzan fronteras se han incrementado a nivel mundial, por la relación existente con la globalización y la regionalización. Por este motivo en América Latina y el Caribe las migraciones internacionales muestran un aumento en la diversificación y multiregionalización de los sujetos. Se ven motivados por el crecimiento desigual de los mercados locales, el estancamiento del desarrollo social y la importancia creciente de las redes culturales.



A pesar de que ya varias investigaciones se han realizado para poder llegar con exactitud a las circunstancias que existen en las poblaciones para desarraigar el problema, siempre la atención se ha concentrado principalmente en sus características económicas y laborales, organización política y recomposición familiar. La manera que un simple desplazamiento puede ocasionar impactantemente efectos en las regiones de destino, tránsito y origen.

Como en todo estudio, para poder llegar a describir y abordar los temas migratorios a nivel internacional, se hace referencia a las modalidades regionales o también dentro de provincias o municipios, denominándose rurales, urbanas o internas, las que incluyen el cruce de fronteras, por ejemplo, las internacionales, entre otras, así como las causas que le den lugar: de carácter económico, político, desastres naturales o a la violencia imperante en el lugar de origen. En todo caso, la migración conlleva una aspiración de alcanzar mejores condiciones de vida.

Este carácter receptor de inmigrantes dejó profundas huellas en la cultura y la sociedad de América Latina y el Caribe. Sin embargo, a partir del decenio de 1950 se registraron grandes transformaciones a causa de la recuperación económica de Europa, la evolución de la economía mundial y el establecimiento de estrechas relaciones políticas, comerciales y económicas con Estados Unidos, produjo un cambio de orientación de la migración internacional y se convirtió gradualmente en una región de emigración.

Desde el punto de vista demográfico, como ya sea había expresado, la migración, es el desplazamiento en donde un individuo traslada su residencia de un lugar de origen a un lugar de llegada y que implica atravesar los límites de una división geográfica. Por tanto, es conveniente delimitar los movimientos que se consideran como migración, los cuales tienen las características siguientes:

a) Debe existir un traslado de residencia, el sujeto deja su residencia en el lugar de origen para fincar en el de destino o llegada, dada esta razón no se puede conceptualizar aquellos movimientos que no reúnan este requisito. Por cuestiones de análisis es el más significativo para los movimientos migratorios. También versará el autor que aborde el tema, debido que algunos autores limitan la terminología y conceptos en temas de derecho migratorio.

b) Debe existir el cruce de alguna delimitación administrativa, y por tanto se excluyen traslados de residencia dentro de la misma unidad administrativa, los que quedan reducidos a cambios locales o residenciales. Esta característica confusa, pero lógica, delimita los movimientos y los clasifica. En un movimiento migratorio intervienen dos áreas geográficas, aquella donde se inicia el desplazamiento que se le denomina región de origen y aquella donde finaliza que se le llama región destino.

c) Desde el punto de vista de la región de origen un emigrante, es aquella persona que se retira, y desde la región de destino, un inmigrante es aquel individuo que llega. En



los movimientos migratorios se dan situaciones similares a la ciencia del comercio, donde se suman las llegadas y las pérdidas se restan.

Los contrastes que se dan entre las zonas de atracción y rechazo influyen en la dirección e intensidad de los flujos migratorios, los que a su vez acentúan las diferencias entre ellas, afectando el tamaño de las áreas de las poblaciones de origen y destino, al agregar o quitar gente con características diversas. Esto puede darse en que los lugares de origen, no existe un nivel de desarrollo para los individuos, obligando a que migren a lugares donde puedan percibir mejoras económicas, sociales y políticas, aumenta la demografía en los lugares que brindan el beneficio a sus ciudadanos.

“Las migraciones en Guatemala y a nivel regional se deben comprender a partir de una serie de procesos de desarticulación de los Estados nacionales construidos a finales del siglo XIX. Se debe tener presente que existe una vinculación al proceso global mundial vinculada con la llamada globalización y por la casi universalización del neoliberalismo. Estas nuevas coordenadas están teniendo una serie de efectos, y uno de ellos son las migraciones, que se ha convertido en un eje significativo resultado de la reorganización de los territorios y maneras de explotar los recursos.”¹⁶(sic)

¹⁶ López, Claudia V.; Danilo Rivera. **Aproximaciones de política migratoria para Guatemala.** Pág. 7

2.2 Deportación o repatriación

Las acepciones de los términos, siempre tendrán relación con el idioma, la cultura, la ideología y a otros factores al momento de su interpretación. Existen conceptos con características similares o forman parte de un concepto general, siendo el género específico.

Este caso sucede con los conceptos de repatriación y deportación, ambos forman parte del término general de la migración de retorno. Pero en la actualidad, muchas legislaciones y textos los han definido como similares y en otros son conceptualizados de una percepción totalmente distinta. Genera inquietud el precepto anterior, dado a que en el derecho internacional se pretende la armonía y la protección a los seres humanos.

En cuanto a estos conceptos el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), define a la repatriación, como: la acción y efecto de devolver a alguien a su patria. El término en latín tardío *repatriáre* que significa volver a la patria. La definición es amplia y para algunas ocasiones escueta.

En cuanto al concepto deportación, en su acción deportar, lo desglosa como “el acto de desterrar a alguien a un lugar, por lo regular extranjero, y confinarlo allí por razones de

castigo. Es aplicado a los sujetos que se encuentran en un país ajeno al propio de manera ilegal.”¹⁷

En Estados Unidos de América, la repatriación es el proceso en el que un individuo que ha estado viviendo en el territorio estadounidense regresa a su país de origen.

“En los Estados Unidos y en base a los constantes cambios respecto a las estrategias utilizadas por el gobierno para hacer cumplir la ley de inmigración, hay varios programas que incrementan el riesgo a la repatriación forzada ya sea de manera expedita o como resultado de la decisión de un juez de inmigración (proceso de deportación).”¹⁸

Esto quiere decir que la deportación es el proceso que realizan las cortes migratorias y la repatriación es el efecto (dicho de otra manera, la resolución de la corte) para que el inmigrante sea regresado a su país de origen.

Profundizando las repatriaciones, la clasificación que aportan algunos autores, ayuda a observar de una manera más extensa la temática, tomando de referencia la clasificación que American Friends Service Committee menciona. Se resume a los siguientes aspectos:

¹⁷<http://www.listindario.com/editorial/2015/06/19/377056/repatriacion-no-deportacion-para-que-no-nos-confundamos> (Consultado: 25 de abril de 2017)

¹⁸ American Friends Service Committee. **Guía de repatriación**. Pág. 1

a) La repatriación forzada expedita

Este tipo de repatriación tiene la peculiaridad que sucede sumamente rápido (el Servicio de Inmigración le deporta dentro de un período no mayor a las 72 horas). En esta situación el inmigrante no puede prepararse de alguna manera, ni tener la certeza que su repatriación sea segura, debido a la manera acelerada que le hacen abandonar el país.

b) La repatriación forzada (deportación)

Por decisión de un juez de inmigración. La denominada deportación, es el proceso que se lleva ante un juez de inmigración. Este tipo de repatriación permite a la persona en cuestión a prepararse para la salida del país, puesto que, el juez tarda semanas y en algunos casos meses para tomar la decisión final. En conclusión, a esta forma de repatriación, es el proceso para enviar al sujeto a su país de origen se lleva ante un juez y las fases que lleven a cabo su finalidad es la denominada repatriación.

c) La repatriación por autodeterminación

La voluntad de la persona tiene un factor predominante en este tipo de repatriación, es quien toma la decisión de retornar a su país de origen. "En este caso, las personas

responsables pueden planear cuidadosamente su proceso de repatriación, haciéndola más segura.”¹⁹

Es un acto positivo para los individuos, debido que, si viajan con sus familias, pueden garantizarles seguridad de que no serán separados en el proceso o si el sujeto viajare solo, de que tendrá participación en cuanto a su situación legal y el retorno a su lugar de origen.

Entonces, esto quiere decir, que ambos términos guardan una estrecha relación, dado que uno es el proceso y el otro es el efecto. La deportación es el camino (proceso) que el individuo lleva ante un juez para que este decida si es devuelto a su país de origen o permanece en el lugar de destino. Cuando la decisión va hacia su retorno al país natal se da la repatriación. Son términos distintos que guardan una relación importante para el derecho migratorio.

2.3 Efectos de las migraciones

Se dice que las migraciones son causadas por efectos políticos, sociales, culturales y económicos, pero ese solo es el inicio de esta actividad. Los movimientos llevan consigo una serie de consecuencias posteriores, como la desintegración familiar, la baja en la demografía del lugar de origen, económicamente, los familiares que no viajan, quedan desprotegidos durante el recorrido del sujeto; en especial cuando el que viaja es el encargado de brindar sustento al núcleo familiar.

¹⁹Ibíd. Pág. 1-2

Es por este motivo que los flujos migratorios y en sí el derecho migratorio son muy complejos y completos, puesto que es una rama del derecho con características y principios específicos.

Ahora bien, desde la perspectiva social, la migración tiene consecuencias muy marcadas en las comunidades de origen, como la desestructuración familiar y la ruptura de lazos comunitarios, siendo los principales efectos.

En las sociedades receptoras la cuestión se plantea en términos educativos y de convivencia entre la población inmigrante y la local, ya que el migrante debe adaptarse al sistema de vida del lugar de destino y los sujetos que yacen en el lugar, deben acoplarse a nuevos individuos con un estilo de vida totalmente distinto. La interculturalidad, entendida como la convivencia pacífica de ambos colectivos, es una de las principales preocupaciones para el sector educativo formal y no formal y para las autoridades de las unidades administrativas con presencia de población inmigrante. Eso se da porque en algunos casos, la educación es totalmente distinta y avanzada, que permite conflictos sociales.

Debido a las diferencias culturales, las iniciativas que se llevan a cabo para lograr armonía entre las personas, van desde fiestas multiculturales en donde la música, la comida y el folklore típico de los países de origen de los inmigrantes se comparte con la sociedad local, hasta conferencias y cursos sobre interculturalidad, para lograr acoplarse, tanto los migrantes como los ciudadanos del lugar.



Las consecuencias de la migración internacional en las regiones de origen son diversas. “La magnitud y modalidades de la migración, el perfil demográfico regional y las características de las personas que conforman los flujos migratorios. Estos efectos no se refieren únicamente a la alteración de las estructuras demográficas, sino también a la modificación de las condiciones socioeconómicas, políticas y culturales, las cuales tienen a su vez repercusiones a nivel personal y familiar.”²⁰

El documento que desarrolla el Consejo Nacional de Población divide los efectos de las migraciones internacionales en los que suceden en lugar de origen y el lugar de destino, los cuales son:

a) Efectos de la migración internacional en los lugares de origen

Los efectos de las migraciones internacionales en los países de origen, provoca efectos significativos, tanto en el ámbito familiar, demográfico, económico, social y político.

i) Efectos demográficos

Estos efectos se dan con base a dos elementos: 1) la estructura por edad y sexo de la población; en donde la movilidad masculina o femenina tiene un importante rol, debido que, dependiendo quien decida migrar así formará parte fundamental para el desarrollo de la sociedad y población que permanece en el país o lugar de origen, de igual manera la edad de los individuos que migran establece la estructura de los lugares a

²⁰ Consejo Nacional de Población. **Índice de intensidad migratoria México-Estados Unidos**. Pág. 21

nivel internacional. En la mayoría de casos quienes migran son jóvenes en edades productivas y reproductivas, este efecto genera que en el lugar de origen permanezcan personas de edad avanzada, causando obstáculo por la falta de vitalidad de los pueblos.

Ahora bien, por el género del individuo causa un desequilibrio, en cuanto a los roles que se adoptan en el ámbito laboral o la misma organización de las unidades familiares, afectando la relación numérica de sujetos. 2) La composición y estructura de los hogares: debido a las migraciones, en muchas situaciones es el hombre que emigra, la mujer asume la responsabilidad de padre y madre; en otros casos se forman hogares ampliados; los cuales son conformados de distintas maneras, como: los abuelos, ya sean paternos o maternos, hijos y esposa, cuando la mujer migra, los hijos quedan a cargo de los abuelos maternos o paternos.

Otro aspecto de este elemento es que a veces existen problemas para la reagrupación de las familias o ya no se da, dando origen a las denominadas familias transnacionales, donde los miembros de la familia se encuentran en distinta división geográfica.

ii) Efectos económicos

En este apartado el efecto directo se da en las remesas, siendo unos de los beneficios de las migraciones internacionales. Las remesas son un factor predominante ya que son significativas para las economías nacionales.



Para los familiares que se quedan en el país de origen es el sustento, con ese fin es que muchas personas emigran a otros Estados, poseer una estabilidad económica y brindar una mejor calidad de vida. Debido a esa estabilidad, las familias tienen libertad de poder invertir en educación, alimentación, calzado, salud, vestimenta y en recreación, mejoras en construcción de la vivienda, hasta la formación de microempresas.

iii) Efectos sociales

Son muchos los efectos sociales que provocan las migraciones a los lugares de origen, pero uno de los más significativos es la pérdida de fuerza laboral, ya que es mermar el potencial productivo de las regiones de origen en donde el crecimiento económico en las industrias locales ya no se puede trabajar con regularidad, resulta la quiebra de empresas. Esto sucede con más potencia cuando los flujos de migrantes son extensos.

De igual manera sucede cuando la mano de obra que migra es calificada en donde se ve afectado el mercado local, ya no existe una inversión nacional, ni se incentivan proyectos estatales en desarrollo de la sociedad origen.

b) Efectos de la migración internacional en los lugares de destino

La migración internacional en los lugares de destino puede resultar beneficiosa si la condición del lugar de destino requiere de migrantes para su desarrollo, caso contrario,

cuando los nacionales del país receptor se ven afectado por las masas migratorias. Pero los flujos migratorios siempre llevan aparejados una serie de efectos que los representa.

i) Efectos demográficos

Al igual que en los efectos en lugar de origen, la estructura por edad y sexo de la población genera gran impacto en el país de destino ya que, es el receptor de los nuevos individuos. Este fenómeno se da debido que los individuos que migran tienden a ser jóvenes, la tasa de productividad se eleva, una característica a favor del lugar de destino, también permite que el lugar de destino rejuvenezca y su posibilidad de reproducirse es mayor, creando nuevas culturas poblacionales.

ii) Efectos económicos

En este apartado se marcan tres consecuencias; 1) en cuanto los empleos y salarios, un tema controversial, puesto que se cree que la llegada de migrantes aumenta la demanda laboral por tanto los salarios disminuyen, en donde los nativos compiten por los puestos. A tal respecto se menciona que comúnmente los migrantes adquieren trabajos que los nativos no están dispuestos a desempeñar, lo cual vuelve inexistente el peligro que muchos alegan.



Ahora bien, otra consecuencia es: 2) el crecimiento económico y productividad; un factor positivo para los países receptores es el crecimiento económico, debido que se eleva la producción con la llegada de los migrantes, la fuerza de trabajo incrementa generando fuerza de trabajo disponible. Los conocimientos adquiridos en su país de origen son aprovechados por el Estado receptor. “Los migrantes también pueden elevar la productividad al facilitar que los trabajadores nativos se desplacen de trabajos mal remunerados y con bajas prestaciones laborales a otros de mayor calificación y remuneración, incrementando las posibilidades de producción y, en consecuencia, el crecimiento económico.”²¹

Otra cuestión importante en la evaluación de los costos y beneficios de la migración en los países de destino: 3) los costos fiscales y servicios públicos; otro fenómeno que causa inquietud. Esto se debe a que los migrantes también tengan derecho a los servicios públicos que los lugares de destino ofrecen, tales como la salud, la educación. Pero estos programas elevan los costos del sistema social y generan un desequilibrio en las cuentas fiscales. Los Estados receptores buscan limitar los beneficios, ya que aún existe una mentalidad hermética al no aceptar a los individuos que llegan a su territorio.

iii) Efectos sociales

La integración del migrante al lugar de destino resulta difícil en algunas esferas. Cuando se trata de la población latinoamericana, la cultura y estilo de vida son

²¹ **Ibíd.** Pág. 25



totalmente distintos a otros países, en especial de los Estados desarrollados, resulta un reto para la persona en los ámbitos culturales, económicos, sociales y políticos. La convivencia al principio no puede ser armónica, pero todo eso depende de la edad que llegue al lugar de acogida y el plazo que pretende mantener su estadía en el nuevo territorio. Por lo tanto, debido a esa situación que muchos migrantes adoptan ciertos territorios para concentrarse y poder continuar en grupo con sus costumbres y culturas similares.

2.4 Instituciones nacionales e internacionales que velan por los derechos del migrante y sus familiares

En la actualidad existen muchas entidades, instituciones, organismos u organizaciones, tanto locales, regionales e internacionales que velan por el cumplimiento de los derechos fundamentales y humanos de los migrantes y sus familiares. Esto se debe al alza en los flujos migratorios y la frecuente vulnerabilidad a la que están sujetos.

2.4.1 Consejo Nacional de Atención al Migrante -CONAMIGUA-

Conamigua es una institución gubernamental encargada de coordinar, supervisar y fiscalizar a los órganos y entidades del Estado que brindan protección y auxilio de los migrantes guatemaltecos y sus familiares dentro y fuera del territorio nacional. También se encarga de proponer acciones necesarias en las políticas públicas para la atención de los guatemaltecos en el extranjero.



2.4.2 Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala -MENAMIG-

Menamig es una institución de la sociedad civil guatemalteca que surge en 1999, encaminada a trabajar a favor del migrante, la cual busca la atención de la problemática migratoria y la defensa de los derechos fundamentales y humanos de la población migrante y las familias. Busca influir en las políticas públicas en el tema migratorio para el beneficio de las personas en su desplazamiento hacia su destino o en su retorno.

2.4.3 Centro Pastoral de Atención al Migrante

Esta institución involucra a la iglesia católica en los esfuerzos de proteger los derechos humanos de los migrantes y sus familiares. Se organiza para responder a la movilidad humana con base al Evangelio y preceptos que establece la religión. Su fin principal es ayudar a las personas en su movilidad hacia otros destinos. Uno de sus objetivos específicos consiste en “Promover y defender los derechos sociales y culturales de los migrantes, refugiados y desplazados, así como de sus familiares, combatiendo todo tipo de racismo, xenofobia y discriminación.”²²

²² <http://www.movilidadhumana.com/sobre-nosotros/mision/> (Consultado: 23 de abril de 2017)

2.4.4 Organización Internacional para las Migraciones -OIM-

Es la principal organización internacional para las migraciones, es el ente delegado por la Organización de las Naciones Unidas para la protección de las personas migrantes, garantizar el respeto a sus derechos, como reconocer su derecho de movilidad. Es una organización que busca los motivos de los flujos migratorios. Entre sus funciones se encuentra la de “Apoyar a los Estados, migrantes y comunidades a fin de que hagan frente a los retos de la migración irregular, inclusive a través del estudio y el análisis de sus causas originarias, del intercambio de información, de la difusión de las mejores prácticas y de la promoción de soluciones que se centren en el desarrollo.”²³

2.4.5 Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Nace con la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores y de sus Familiares, que entra en vigor el 1 de julio de 2003, este órgano se encarga de velar por el cumplimiento de todos los derechos de los trabajadores migrantes y su familia, con el fin de salvaguardar el principio de la unidad familiar.

²³<http://www.iom.int/es/enunciado-de-mision> (Consultado: 23 de abril de 2017)



2.4.6 Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones -RROCM-

Está formada por los países Centroamericanos, Caribe y Norteamérica, siendo un espacio de redes de organizaciones civiles creadas por la necesidad existente de brindar ayuda y protección a las personas migrantes, emprendiendo un diálogo con los países de la región en cuanto al tema migratorio, refugiados y apátridas como temas controversiales. Nace en el marco de la Conferencia Regional de las Migraciones en 1996. Entre sus temas de importancia se encuentra la protección consular y el tráfico ilícito de migrantes y trata de personas.



CAPÍTULO III

3. La nacionalidad como un derecho fundamental

La nacionalidad es un derecho humano fundamental para las personas, puesto que, es la identidad de pertenecer a un territorio, la cual no solo conlleva tal característica, sino también con la nacionalidad se da el nacimiento de los demás derechos que marcan la vida jurídica del individuo dentro de la sociedad y frente a otros Estados.

Que una persona no posea nacionalidad, jurídicamente no existe para las naciones, y es considerado como un apátrida, en donde no puede exigir que se le cumplan las garantías mínimas por el hecho de ser humano, no teniendo acceso a la salud, educación, un empleo digno y seguridad jurídica.

Por tal razón, la nacionalidad va más allá de ser un derecho humano a convertirse en un derecho fundamental, reconocido por los Estados en las Constituciones, garantizando la protección a los derechos como persona jurídica individual.

3.1 Nacionalidad y Estado

Inicialmente la definición desde un sentido amplio, se puede abordar según a lo que establece la Real Academia Española, en donde lo cita como la condición y carácter peculiar de los pueblos y habitantes de una nación. También expresa que con base a la



ciencia del derecho es el vínculo jurídico de una persona con un Estado, que le atribuye la condición de ese Estado en función del lugar en que nació, ya sea de la nacionalidad de sus padres o del hecho de habersele concedido la naturalización.

La mayor parte de autores lo definen como un vínculo entre el Estado y el individuo, pero se dice que en el derecho internacional se aprecia un significativo vacío normativo. A pesar del derecho de toda persona a la ciudadanía, en general en el derecho internacional no se exponen los procedimientos y los criterios para establecer un vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo. En muchos países la nacionalidad es el vehículo para poder obtener todos los derechos que conlleva la ciudadanía.

Las consideraciones sobre el *ius soli* y el *ius sanguinis*, las dos maneras de poder obtener la nacionalidad de un Estado, demuestran que los dos regímenes son, en esencia, encarnaciones de un criterio basado en el sentido común: dónde puede vivir una persona y la necesidad o el deseo de obtener la ciudadanía de ese lugar para disfrutar de la seguridad y los derechos que trae consigo la ciudadanía. Así, la ciudadanía permite el pleno ejercicio de todos los derechos y obligaciones sociales, económicas y políticas. Se menciona la ciudadanía muy insistente, pero al no existir nacionalidad no nace la ciudadanía. Es por eso que se le denomina a la nacionalidad como el vínculo genuino entre el individuo y el Estado.



Se piensa que, “la aplicación de ese principio solucionaría muchos casos de apatridia de facto en el mundo, sobre todo aquellos en los que la discriminación étnica ha llevado a negar la nacionalidad a grupos que han residido en el mismo país durante generaciones, así como aquellos motivados por la imposibilidad de que las mujeres transmiten la ciudadanía a sus hijos o a su marido. Además, la utilidad del criterio del vínculo genuino y efectivo se ve aumentada por el hecho de que refleja, de modo significativo, la voluntad y el deseo de una persona de pertenecer a un país.”²⁴

La nacionalidad, se puede considerar, como uno de los elementos jurídicos que configuran de manera inmediata la identidad de las personas. La nacionalidad define la relación de pertenencia del individuo a un Estado y también la situación del individuo frente a los demás Estados, de los cuales no se disfruta la nacionalidad, teniendo la condición de extranjero. Pero la nacionalidad no es el único elemento que define la identidad del sujeto respecto del Estado pues de ese vínculo de pertenencia se derivan consecuencias jurídicas que confieren un estatuto particular, unos derechos que convierten a la persona además en ciudadano.

La nacionalidad se presenta tradicionalmente como un presupuesto para el disfrute de derechos políticos, civiles o sociales, derechos que se vinculan a ese estatuto de ciudadano. De esta manera, la nacionalidad no solo sirve para determinar quiénes son nacionales del Estado, sino que también es el atributo que sirve al individuo para adquirir derechos, siendo la nacionalidad como principio un derecho fundamental, ya

²⁴ Centro de Estudios sobre Refugiados. **Migraciones forzadas revista: sin identidad legal. Escasos derechos. Escondidos de la Sociedad. Olvidados. Apátridas.** Pág. 6



que, desde ahí se desprende los demás derechos que las personas poseen. Esto quiere decir que, la nacionalidad es el derecho a tener derechos. Pero la nacionalidad no se limita al territorio a donde pertenece el sujeto, es también, reconocido internacionalmente, con el surgimiento de los derechos humanos. Todos los Estados deben de respetar a los nacionales de otros Estados.

La nacionalidad es un tema relevante, dado que es el vínculo jurídico que une a un individuo con un Estado, se regula tanto por el derecho interno como el Derecho Internacional Privado, emanando consecuencias en el Derecho Internacional Público.

La relación entre el Estado y sus nacionales conlleva consecuencias jurídicas trascendentales, ligados a esferas del individuo que marcan su participación activa o pasiva dentro del Estado, por tal razón es importante que las personas posean una nacionalidad, estableciendo que derechos se van a adquirir, como el de tener una identidad, un nombre o la filiación. La concepción de la nacionalidad como vínculo con el Estado no solo permite mantener la identidad del individuo, sino que, también guarda una estrecha relación con las políticas relativas a las migraciones, en donde los Estados mantienen la relación con sus nacionales que se encuentran fuera del territorio perteneciente al Estado.

En cuanto a esto, el Artículo uno de la ley de nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República de Guatemala, establece que: la nacionalidad guatemalteca es el vínculo jurídico-político existente entre quienes la Constitución de la República



Estado de Guatemala. Tiene por fundamentos un nexo de carácter social y una comunidad de existencia, intereses y sentimientos, e implica derechos y deberes recíprocos.

Ahora bien, se es nacional de un Estado por haber nacido en su territorio, también denominado como *ius soli*, o porque uno o ambos padres ostenten dicha nacionalidad y la transmiten a sus descendientes inmediatos, conocida como *ius sanguinis*. En la mayoría de las legislaciones se reconoce ambas formas de adquisición de la nacionalidad.

Al respecto, el Artículo 144 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula que: son guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecas y los hijos de padre o madre guatemaltecos, nacidos en el extranjero (...). Guatemala reconoce ambos sistemas de adquisición de la nacionalidad, en donde a ningún guatemalteco se le puede negar la nacionalidad mientras cumpla con los presupuestos establecidos en la norma.

Mediante la nacionalidad, el Estado llega a ser una realidad, pues, sin nacionales no podría existir. Cada Estado establece quienes son sus nacionales con relación a los demás países. Debido que, la nacionalidad se reconoce como el vínculo jurídico-político existente entre el Estado y un individuo. De este precepto, quien regula la relación del Estado con sus nacionales sea el Derecho Público, dado que sus nacionales son la organización misma del Estado que es el Derecho Público.

Por lo tanto, con la nacionalidad, se crea no solamente la forma, sino también el ser, la sustancia misma del Estado. Es debido a este precepto la preponderancia que una persona sea nacional de un Estado, representa que adquiera una gama de derechos y obligaciones que lo reconocerán como parte de un todo, formando la población, elemento esencial para que el Estado nazca y permanezca.

Es en la nacionalidad que se forma la esencia del Estado. “Es evidente tal consideración, al ser la nacionalidad uno de los aspectos constitutivos del Estado. Y es precisamente al Estado al que compete, según el derecho internacional, un derecho real sobre los individuos.”²⁵ Por tal circunstancia, es el Estado quien debe proteger que los individuos nacidos en su territorio obtengan la nacionalidad y por consiguiente todos los derechos que esta conlleva.

3.2 Derechos fundamentales del ser humano

Se dice que la raíz de los derechos fundamentales se da en Francia a finales del Siglo XVIII con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789.

Los derechos se encuentran regulados en las constituciones de los Estados, debido a lo prevalente y alcance que tienen, por consiguiente, considerándolos la espina dorsal de la protección de los individuos que son parte. “Por la relevancia de los derechos que agrupan el concepto: aquellos derechos que se consideran vitales para el desarrollo individual y social de las personas, con independencia de factores como condición

²⁵ López Contreras, Rony Eulalio. **Curso de derechos humanos**. Pág. 25

social, religión, preferencia sexual o nacionalidad.”²⁶ Generalmente los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos por los Estados, es decir, son derechos humanos positivados, estos a su vez se encuentran amparados por las Constituciones de los Estados, carácter que los hacen positivos.

Es prudente, entonces, diferenciar entre tres apartados importantes, según lo refiere Rony López, que son:

a) Derechos naturales del hombre

Los derechos naturales del hombre surgen del liberalismo individualista, en donde se percibía que los derechos del hombre son derechos inherentes al mismo, dado que el hombre procede de la naturaleza.

b) Derechos fundamentales

La expresión de derechos fundamentales fue utilizada por primera vez en la Constitución del 20 de diciembre de 1848 por la Asamblea Nacional Paulkirche de Frankfurt, Alemania, y en la de WEIMAR de 1919; Alemania. Son las garantías del hombre que se contemplan en las Constituciones, por tal razón se alude a que los derechos fundamentales nacen y mueren con la Constitución.

²⁶ Jiménez Campo, Javier. **Derechos fundamentales: concepto y garantía.** Pág. 24

c) Derechos humanos

Tema más amplio, dado que estos derechos han surgido a través de la variedad de documentos internacionales que hacen alusión a la terminología de derechos humanos, tal y como lo expresa la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948.

Con base a lo anterior, la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales resulta imperante, puesto que no todos los derechos humanos han sido reconocidos como derechos fundamentales. Dado que, no todos los derechos humanos son positivados por la Constitución, considerando fundamentales sólo aquellos que se encuentran contenidos en esta. En definitiva, la expresión derechos humanos tiene un contenido bastante amplio que el de derechos fundamentales. Esto quiere decir que muchos derechos humanos, también son derechos fundamentales, pero en algunos casos el presupuesto no se da a la inversa.

De acuerdo a lo anterior expuesto, la diferencia es con base al ámbito constitucional, toda vez que un derecho fundamental es un derecho creado por la Constitución. En donde la política legislativa pretende garantizar la protección por medio de un contenido legal. Por tal motivo, se debe considerar la preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa.



Los derechos fundamentales entonces, son derechos humanos contenidos en un ordenamiento jurídico concreto, los cuales son regulados espacial y temporalmente en un Estado.

Cabe mencionar que los derechos fundamentales no los crea el poder político, se impone al Estado la obligación de que sean respetados. Pero esto no quiere decir que no exista injerencia del poder político, dado que, debe mantener el estado y garantía de los derechos fundamentales como una obligación que le impone el propio Estado.

Los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que llevan consigo una forma del derecho subjetivo, dicho esto, tienen una estructura basada en la capacidad que tiene el individuo de realizar ciertas actuaciones. Esto quiere decir, que cumple con los elementos para ser considerado como tal, los cuales son: titular del derecho subjetivo, el objeto del derecho, destinatario o sujeto pasivo.

Si bien el concepto de los derechos fundamentales puede denominarse de manera general en la doctrina Constitucional, su interpretación puede ser diversa. Así lo certifican tanto la doctrina latinoamericana como la europea ya que, los puntos de vista difieren por el sistema jurídico de ambas corrientes. Por otra parte, la doctrina alemana que es precursora de la terminología de derechos fundamentales, la ha desarrollado como derechos públicos subjetivos. Esto se debe a que es el Estado quien tiene el deber de garantizar la protección de los derechos, los cuales van dirigidos a la población de un territorio determinado.

Para poder explicar el surgimiento de los derechos fundamentales se han formulado teorías con explicaciones muy diferentes, según lo cita Robert Alexy en su texto, Teoría de los derechos fundamentales. Entre éstas se dan las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las cuales desglosan que reuniendo capítulos de la historia se forman pasos para nuevas formas de convivencia social, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, buscan una razón de ser y deber ser de los acontecimientos y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social, el impacto que tendrán en las sociedades. Las ciencias sociales como un conjunto, aportan puntos de vista y métodos para que la problemática de los derechos fundamentales, tanto en la necesaria manera que surgen y su desarrollo.

En el mismo texto, Robert Alexy menciona que muchas teorías buscan explicar los derechos fundamentales, de las cuales sólo se hará alusión a las siguientes, considerando que explican de manera amplia su ser:

a) La teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

Esta teoría determina que los derechos fundamentales son los que se encuentran en la Ley Fundamental, esto quiere decir, que son positivamente válidos. Como antes se mencionaba para que los derechos humanos sean considerados derechos fundamentales deben de estar contenidos en la Constitución de los Estados.

b) La teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

La teoría jurídica de los derechos fundamentales, se da por medio del derecho positivo de un ordenamiento jurídico, esto quiere decir, que los derechos fundamentales son una norma vigente y positiva, la cual se da en la Ley Fundamental. Pero la teoría jurídica debe sustentarse de la teoría dogmática, por medio de principios doctrinales que la hace ser ciencia de derecho. Cabe aclarar que es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática, y luego, jurídica.

En tanto la concepción de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales expresa un ideal teórico, concibiendo que es un panorama agradable para el conocimiento en donde abraza una teoría integrativa, la cual abarca ampliamente todos aquellos enunciados generales correctos que pueden ser formulados y los vincule óptimamente.

“El Constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizá el legado más importante del siglo XX. Es también, y diría que sobre todo, un programa normativo para el futuro. En un doble sentido. En el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponda la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionales

reconocidos. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y deber ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.²⁷(sic)

Es por lo anterior expuesto, la relación del Derecho Constitucional tiene relevancia para que puedan existir los derechos fundamentales y por consiguiente garantizar la protección de los mismos, siendo el Estado el encargado de velar por esa protección.

Entonces los derechos fundamentales son aquellos considerados, no sólo como un derecho positivo, sino también una norma fundamental de todo Estado y cuya ampliación se puede dar a través del reconocimiento y firma en los tratados internacionales y promoción de los derechos humanos.

3.3 Nacionalidad como un derecho fundamental

La nacionalidad es un derecho del ser humano que al momento de su adquisición permite que exista un vínculo entre un individuo y un Estado, en donde la persona es destinataria de las normas de Derecho privado.

²⁷ Ferrajoli, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales.** Pág.115



Pero la nacionalidad va más allá de ser un vínculo jurídico entre el Estado y las personas, también es un derecho fundamental, por estar contenido en la Constitución, por lo tanto, los Estados deben garantizar que todo individuo nacido en territorio que le pertenezca debe ser protegido con la garantía Constitucional y fundamental.

Las bases establecidas en las Constituciones de América Latina, “el derecho a la nacionalidad es reconocido por la totalidad de los países. Dicho reconocimiento varía en cuanto al grado de flexibilidad o rigidez de los requisitos establecidos por cada Constitución. Una constante en cuanto a la regulación del derecho a la nacionalidad, es que todas las constituciones admiten los dos criterios tradicionales para la determinación de la nacionalidad: a) por nacimiento (ya sea por la vertiente *ius soli* o *ius sanguinis*); y 2) Por naturalización o vía legal.”²⁸(sic)

Los sistemas constitucionales, reservan a las autoridades competentes la potestad de determinar los requisitos esenciales para la adquisición de la nacionalidad por medio de la naturalización, de igual manera establece las modalidades para el ejercicio de la nacionalidad por nacimiento.

En la mayoría de normas constitucionales se reconoce la existencia de la nacionalidad por *ius soli* o *ius sanguini*, tomando en cuenta varios factores, como la territorialidad, esto quiere decir, el lugar de nacimiento, así como el vínculo sanguíneo de los ascendentes. Aunque se puede interpretar como carácter universal, en algunas normas constitucionales se considera una excepción expresa para la obtención de la titularidad

²⁸ Del Rosario Rodríguez, Marco Francisco. **El derecho a la nacionalidad**. Pág. 82

de la nacionalidad. Muchos Estados al abordar el tema de nacionalidad han sido muy meticulosos al momento de elaborar las normas constitucionales, puesto que la nacionalidad conlleva una serie de derechos, y estos deben de velar por su cumplimiento, entonces son estrictos con los elementos para adquirir la nacionalidad.

Francisco del Rosario prefiere explicar la nacionalidad en cuanto a la naturaleza, titularidad y ejercicio, de la siguiente manera:

a) Naturaleza jurídica del derecho a la nacionalidad

Según lo cita Francisco del Rosario, “el derecho a la nacionalidad se ha reconocido tradicionalmente en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, como un derecho de carácter inherente a la persona, ubicándose dentro de una dimensión axiológicamente vigente.”²⁹

Como ya se ha dicho la nacionalidad es un derecho fundamental, pero en las últimas décadas este derecho ha sido violentado cuando las personas cruzan las fronteras por distintos factores, en donde los Estados por la situación legal del sujeto no otorgan la nacionalidad y en su lugar de origen lo vetan por no encontrarse dentro del territorio, desprotegiendo al individuo y obligarlo a ser un apátrida.

Si bien, el derecho a la nacionalidad es fundamental e inherente a cualquier persona, su estructura en la situación universal es ciertamente reducida, debido a que se

²⁹ **Ibíd.** Pág. 98



encuentra vulnerable por los últimos movimientos y problemas políticos, poseyendo un gran margen de discrecionalidad, debido que su regulación está siendo afectado por los intereses en los Estados, también la limitación y aplicación por parte de los Estados, como encargados de su protección y vigencia.

Unos de los aspectos esenciales en cuanto a la nacionalidad, es la naturaleza político-jurídica. Es evidente que no basta que la nacionalidad se encuentre dentro de la estructura constitucional de un Estado, sino que se expande a las funciones de los órganos jurisdiccionales, quienes deben concretar por medio de sus resoluciones la protección debida a un derecho tan importante como lo es la nacionalidad.

En el marco del Estado Moderno, los derechos fundamentales son reducidos a prerrogativas dadas por los Estados, los derechos de carácter político, como la nacionalidad, surgen como estrategia para preservar los valores nacionales, esto quería decir que ser nacional de algún Estado era el vínculo étnico, lingüístico y cultural.

El proteccionismo, una característica de la nacionalidad, se mantuvo presente en muchas de las Constituciones del Siglo XX. La característica del proteccionismo era un privilegio para los nacidos en el territorio y los nacidos bajo un vínculo sanguíneo, frente a los extranjeros que desearan adquirir la nacionalidad por vía legal.



Debido a los fenómenos como la globalización, el multiculturalismo, regionalismo e inmigración, que se han penetrado en las legislaciones de muchos Estados, se da una flexibilidad en los criterios y condiciones que se establecen para ejercer la nacionalidad, pero los Estados siguen reservando los requisitos para la adquisición de la nacionalidad.

El ámbito político del derecho a la nacionalidad condiciona la titularidad y el ejercicio de otros derechos fundamentales aparejados, como los son los derechos político-electorales, los cuales requieren del requisito sine qua non que la persona sea nacional de un Estado para poderlos ejercer, caso contrario no formaría parte como nacional.

Sin duda, el derecho a la nacionalidad, también considerado como derecho matriz, es quien condiciona el ejercicio de los demás derechos fundamentales establecidos en las Constituciones que, aunque sean de carácter inalienable, nacen y por lo tanto su ejercicio surge al momento que se es nacional de un Estado.

b) Titularidad del derecho a la nacionalidad

El derecho a la nacionalidad es reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Artículo 20, la cual establece que, siendo un derecho universal, la titularidad del derecho la ostenta toda persona por el simple hecho de serlo, por lo tanto, no hay alguna condición o requisito que se debe cumplir para

obtenerla. Entonces la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión, así lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La nacionalidad va más allá que un estatus frente al Estado, gracias a ésta se hacen efectivas las prerrogativas vinculadas a dicho estatus, como la ciudadanía que es necesario ser nacional de un Estado para poder adquirir la ciudadanía y por lo tanto todos los derechos que se ejercen.

Es por esta razón, que el derecho a una nacionalidad se considera una especie de derecho madre o matriz, sin el cual, no se podría ejercer los demás derechos fundamentales que los Estados regulan en sus Constituciones y la protección de estos sería nula. En este caso la persona estaría en la figura de apátrida, en donde ningún Estado puede garantizar su protección por no poseer una nacionalidad en un territorio determinado.

3.4 Apátridas

La Real Academia Española define el término de apátrida, a aquella persona que carece de nacionalidad.

Como ya se expresó la nacionalidad es un vínculo jurídico entre una persona y un Estado. La nacionalidad brinda a las personas un sentido de identidad, pero lo más importante, permite ejercer una amplia variedad de derechos. Por lo tanto, la falta de

nacionalidad, la apatridia, puede perjudicar y en algunos casos devastar la vida de las personas afectadas. La nacionalidad es una institución jurídica de gran trascendencia para los seres humanos, debido que, deviene una identidad tanto como persona como la cultura, sociedad y estatus político.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la nacionalidad aparece en el cuerpo jurídico internacional, en algunos momentos convirtiéndose en un término difícil de definir.

La nacionalidad trasciende el ámbito político, debido que ahí devienen los derechos como la educación, la atención sanitaria, el empleo y la igualdad ante la ley, pero las personas que carecen de ella no pueden acceder a esos derechos, puesto que, jurídicamente no están inscritos en los registros de algún Estado como nacional y si lo están, el Estado niega tales derechos, siendo un obstáculo para el desenvolvimiento como persona.

“La inclusión del derecho a la nacionalidad en el Artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estuvo motivada, al igual que la totalidad de la misma, por el empeño en responder a algunas de las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial, como las desnacionalizaciones masivas y los ingentes desplazamientos de población.”³⁰

En la actualidad no existe un dato real que muestre la cantidad de apátridas que existen en el mundo. Pero la falta de una estadística fiable no es el único

³⁰ Centro de Estudios sobre Refugiados. **Op. Cit.** Pág. 4

inconveniente, sino que tampoco existe consenso sobre a quién se debe considerar apátrida.

En términos generales, apátridas son aquellas personas que no son reconocidos como nacionales por ningún Estado de acuerdo a su legislación, también llamados apátrida de *iure*, los que no poseen jurídicamente una nacionalidad. Sin embargo, a muchas personas no se le ha negado formalmente la nacionalidad ni se ha despojado, pero se le niega el acceso a otros derechos humanos que disfrutaban otros nacionales. A estas personas se les conoce como apátridas de *facto*, significa que en la práctica lo son pero no según la ley.

Entonces el derecho a la nacionalidad no sólo es que un Estado lo otorgue, sino que también se deben hacer efectivos los demás derechos que conlleva, para que pueda darse plenamente. En la actualidad muchas personas son consideradas como apátridas de *facto*, debido a que los Estados no están haciendo efectivos los derechos establecidos en sus Constituciones. Ahora bien, la nacionalidad plena y efectiva se encuentra en el extremo con la apatridia de *iure*, dado que la persona carece de nacionalidad jurídica y derechos inherentes.

Según la revista de las migraciones forzadas, las circunstancias que generan la apatridia, pueden ser:

- a) Los Estados dejen de existir y las personas no pueden obtener la nacionalidad de los Estados que les suceden, esto se da como una forma de marginar a las personas que pertenecían al Estado que desaparece.

- b) Las consideraciones políticas pueden motivar cambios en la forma que se aplican las leyes sobre nacionalidad; los intereses políticos tienen gran injerencia y son sobrepasados por el beneficio y protección de los habitantes de un territorio.

- c) Puede que se persiga a una minoría étnica negándole la nacionalidad; donde se puede dar por motivos de conflictos internos o a nivel internacional.

- d) Cuando un grupo viva en zonas fronterizas y transfronterizas; los conflictos por territorios fronterizos han generado problemas para las personas que habitan en esos lugares, los gobiernos no reconocen la nacionalidad, por lo tanto, no existe una protección a los derechos inherentes o bien algunos de los Estados reconocen la nacionalidad, pero no garantizan la protección de los derechos que conlleva.

- e) Hay personas que se convierten en apátridas debido a circunstancias personales y no porque se persiga al grupo al que pertenecen.

- f) La apatridia puede surgir a raíz de las diferencias jurídicas entre países.

- g) Las personas renuncien a una nacionalidad sin haber adquirido otra.

h) Porque no se haya registrado el nacimiento de una persona. En esta situación se desglosan otras causas, por ejemplo, cuando las personas migran a otras regiones de manera irregular y por miedo a ser condenados deciden no inscribir en los registros a sus hijos o por la lejanía de la residencia con las instituciones, no sean registrados.

i) Las pequeñas islas que, condenadas por el cambio climático a ser engullidas por el mar, vean cómo toda su población se convierte en apátrida.

La situación de no poseer una nacionalidad ya es gran inconveniente para las personas. No poder participar en los servicios gubernamentales, no tener acceso a la educación, salud, inclusive a un nombre ni un documento que acredite su identidad, ni poder obtener un empleo, son algunas consecuencias. Los apátridas se enfrentan a una gran variedad de problemas, según dónde vivan y la razón por la cual son apátridas.

Para las personas que no se les reconoce la nacionalidad o necesitan cambiarla, los Estados permiten que, a través de un sistema de registro o declaración, se le conceda. Se puede pensar que los apátridas tienen en este sistema la solución, pero no para todos es muy sencillo, puesto que, por la situación que no cuentan con la documentación que acredite su nacimiento o sus relaciones, las autoridades son estrictas con el procedimiento y en algunos casos no se otorga la nacionalidad.

A pesar de los esfuerzos que se han realizado para eliminar la discriminación por motivos de género, aún sigue causando abusos en algunos países, lo cual también genera y perpetúa la apatridia. Esto suele suceder con frecuencia cuando la persona es mujer, si desean contraer matrimonio con extranjero pierden su nacionalidad y no pueden transmitirla a sus hijos. En muchos países aún tienen legislaciones sexistas, donde la mayoría de veces la mujer es la menos favorecida. Existen legislaciones internacionales que pretenden abolir estos presupuestos, pero mientras los países no los ratifiquen seguirán las normas sexistas.

La apatridia es una cadena de mermas a los derechos humanos y las perspectivas de superación educativa, salud y seguridad quedan atrás para muchos niños a lo largo de su vida, hasta que su situación sea solucionada.

La apatridia en los infantes, niños y jóvenes se da por varias causas y en muchos casos nacen, viven y si no se resuelve su situación, mueren apátridas, jurídicamente invisibles. Las situaciones que afectan a los niños y jóvenes, puede darse de diversas maneras, como:

- a) Cuando los padres pertenecen a Estados con legislaciones totalmente distintas, en las cuales la nacionalidad sólo puede ser transmitida por el padre;
- b) Los niños y jóvenes son vulnerables a ser apátridas, cuando los padres emigran a otro país y en su legislación la nacionalidad solamente se transfiere por el *ius sanguinis*, siendo nacionales del lugar de origen de los padres, pero en el lugar de destino no se les concede la nacionalidad;



c) En el mismo ámbito de las migraciones, otro factor surge cuando los padres se encuentran de manera irregular y por miedo a llamar la atención no registran a sus hijos;

d) También el menor puede ser apátrida cuando los registros son destruidos y no existe otro medio donde compruebe el vínculo con un país determinado.

También se da el caso de las madres solteras, que no pueden transmitir la nacionalidad, debido que los hijos la adquieren por el padre. Cuando la ciudadanía de una mujer no puede extenderse a su esposo, se puede imponer la apatridia a la propia mujer y a sus hijos. Si los padres del niño están o no casados también pueden determinar la nacionalidad del niño.

Una persona nace a la vida jurídica por medio de los registros, en el caso de las personas individuales, el registro de nacimiento es la inscripción oficial de la administración Estatal en donde consta el nacimiento de un niño y el primer reconocimiento como nacional y su existencia.

Ser apátrida significa no tener acceso a los derechos que son inherentes a las personas. La garantía de los derechos fundamentales no son amparados en la mayoría de países, puesto que, para poder ser parte se necesita de algún documento, con el cual los apátridas no cuentan, la atención médica se convierte en algo inalcanzable, ya sea porque no se brinda o es demasiado costosa, en el caso de los niños sin un certificado de nacimiento no pueden recibir vacunas de forma legal. Los programas

gubernamentales en muchos lugares no cuentan con un servicio para los apátridas. La educación es inexistente o limitada entre los niños apátridas.

La situación de los apátridas, es un fenómeno común actualmente, donde muchos países que sufren guerras internas son los más afectados, ya sea por la destrucción de registros o al ser denegados en los países donde pretenden refugiarse. Aún se necesitan normas sólidas que garanticen la protección a las personas que se encuentran en condición de apátridas.

3.5 Legislación nacional e internacional en materia de derechos fundamentales

Los derechos fundamentales se encuentran regulados en la Constituciones de los Estados, nacen al momento que se crea la Ley fundamental. El concepto Constitución, se puede definir como la ley suprema de un Estado que se encuentra en el pináculo del ordenamiento jurídico.

3.5.1 Constitución Política de la República de Guatemala

En el caso de Guatemala, los derechos fundamentales se encuentran en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual fue creada por una Asamblea Nacional Constituyente y data de 1986. Se encuentra dividida en los siguientes apartados: dogmática, orgánica, pragmática, parte de las Reformas Constitucionales, disposiciones transitorias y finales. Los derechos fundamentales que



establece la Constitución se encuentran en la parte dogmática, de los Artículos 1-139, pero lo referente al derecho a una nacionalidad se encuentra de los Artículos 144 al 148, reconociendo la nacionalidad como elemento esencial en la organización del país.

Si bien, no hay una legislación en materia internacional que regule derechos fundamentales como tal, se remite a los cuerpos legales que establecen los derechos humanos, debido a que los organismos internacionales no se enfocan a unos cuantos sino a la totalidad del mínimo de garantías que poseen las personas y todos aquellos derechos inherentes por el simple hecho de ser humano. Esto quiere decir que la legislación internacional es amplia, pero en ellos se encuentran los derechos fundamentales que reconocen los Estado en sus Constituciones.

3.5.2 Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, es el instrumento preeminente a nivel internacional, puesto que se expresan las garantías esenciales para los seres humanos; derechos que son inherentes por el simple hecho de ser persona. Fue promulgada el 10 de diciembre de 1948. En este instrumento se encuadran la estructura jurídica mundial el interés de los Derechos Humanos y los principios de solidaridad y protección de las garantías fundamentales de la comunidad internacional.

3.5.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue aprobada en 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana. Algunos de los derechos que regula este cuerpo legal, se encuentran: a) derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (Arto. I); b) derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles (Arto. XVI); c) derecho de nacionalidad (Arto. XIX), derechos prominentes para el desarrollo y desenvolvimiento de la persona.

3.5.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Otro instrumento internacional notable es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Entre los derechos que consolida, se encuentran: a) la igualdad de derechos en las personas (Artos. dos y tres); b) derecho a la familia, el matrimonio, derecho de protección a menores (Arto. 10); c) derecho a un buen nivel de vida de las personas (Artos. 11 y 12).

3.5.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

También cabe mencionar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entra en vigor el 23 de marzo de 1976. Este instrumento va encaminado a los derechos y



deberes civiles y políticos que poseen los individuos por pertenecer a un Estado, en la capacidad de ejercicio y parte activa de un país.

3.5.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José, por haberse suscrito en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. Ha formado parte esencial de la legislación americana, por consiguiente, se encuentra ratificada por la mayoría de los países americanos. Entre los derechos que regula, se citan: a) protección a la familia (Arto. 17); b) derecho a un nombre (Arto. 18); c) derechos del niño (Arto. 19); d) derecho a la nacionalidad (Arto. 20).

3.5.7 Instrumentos en materia de derechos humanos específicos

Cabe mencionar que, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, Convención sobre los Derechos de los Niños, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, desarrollan de manera específica a los grupos a los que van dirigidos.



Todas las normas deben guardar armonía entre sí, ya que su objetivo y finalidad es garantizar la protección de las personas, dependiendo en el estado que se encuentren. Las Constituciones deben contener al menos todos aquellos derechos que permitan una vida digna a los habitantes que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado.



CAPÍTULO IV

4. Proceso de recuperación de custodia de hijos estadounidenses a padres guatemaltecos repatriados

Los constantes flujos migratorios, han ocasionado una serie de efectos y consecuencias en las familias, pues, son separadas cuando los padres deciden emprender la travesía hacia los Estados Unidos de América y los hijos se quedan en Guatemala. También puede darse otra situación, la familia completa realiza el viaje, para poder obtener una mejor condición de vida. Consecuentemente, devienen los programas desarrollados a la protección de grupos vulnerables, dado que, los niños, niñas y adolescentes juegan un papel importante en los movimientos migratorios a nivel mundial.

También se da la situación, cuando los guatemaltecos tienen hijos nacidos en Estados Unidos de América. De ello se desprenden nuevas circunstancias, como la discriminación de la que son víctimas, que por algún motivo no tengan acceso a la educación, salud o seguridad o por temor a que sean detenidos los padres, no tienen una vida regular.

“Los Estados deben garantizar medidas de protección a hijos e hijas migrantes en situación irregular nacidos en el país de tránsito o destino. Debido a la condición de sus



padres limitan la oportunidad de integración a la sociedad. Además, pueden convertirse en apátridas o ser separados de sus familias cuando los padres son deportados.”³¹

En algunos casos, por la irregularidad de estado que tienen los padres guatemaltecos, y el aviso que remiten las autoridades de los países de destino, los hijos no son inscritos en los registros respectivos, yendo en contra de los derechos fundamentales del ser humano a un nombre y una nacionalidad, violentando de esta manera una serie de normas que protegen tal garantía como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, estipulando en el Artículo siete que: el niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tiene derecho a una nacionalidad y a un nombre, por tal razón los Estados velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con la legislación nacional y las obligaciones contraídas en instrumentos internacionales.

“Por otra parte, el marco de las políticas migratorias, los Estados toman decisiones sobre la permanencia o salida de migrantes que tienen un impacto determinante en la unidad o separación de una familia. Así, la resolución de un Estado sobre una eventual expulsión del territorio de los padres, afecta negativamente el derecho de los niños a la vida familiar y a no ser separados de sus padres. Por ello, el Estado debe considerar la decisión de repatriar a los padres cuando sus hijos e hijas si tienen la nacionalidad del país donde residen, y el cumplimiento del Artículo dos de la CDN, debe garantizar los derechos de todos los niños que se encuentran bajo su jurisdicción, sin distinción

³¹ Unicef. **La travesía: migración e infancia.** Pág. 28



alguna, independientemente de su condición, la de sus padres, tutores o familiares.”³²(sic)

Pero este presupuesto en la mayoría de ocasiones es transgredido al momento que los guatemaltecos son detenidos por las autoridades migratorias estadounidenses. El Sistema de Bienestar de la Infancia de Estados Unidos de América se hace cargo de los hijos de padres guatemaltecos. Posteriormente, en algunos casos por la falta de conocimiento de parte de los padres que los hijos han sido recogidos por las autoridades que protegen a la infancia, la custodia es sustituida por el Sistema de Bienestar de la Infancia estadounidense, iniciando un proceso para la pérdida de custodia y patria potestad situación que da lugar a que las autoridades de familia estadounidenses puedan buscar un hogar a los hijos y darlos en adopción.

4.1 Custodia

La Real Academia Española, define custodiar como el efecto de guardar algo con cuidado y vigilancia. Ahora bien, custodia proviene del latín *Custos*: cuyo significado guarda o guardián y a su vez deriva de *Custus*; que vienen del verbo *curare*, significa cuidas. Uniendo ambas explicaciones se puede concluir que es la acción y efecto de guardar o proteger con cuidado alguna cosa.

“La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha

³² *Ibíd.* Pág. 29



guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.”³³

Tener la custodia de los hijos es el hecho de cuidar y tomar decisiones que mejor convenga para ellos, siempre basados en los presupuestos morales de cada sociedad.

Existen varios tipos de custodia, la custodia física; es el derecho a vivir con el hijo y tomar decisiones sobre la vida cotidiana, y la custodia legal; se refiere al derecho de tomar decisiones importantes sobre la vida del hijo, aunque no se encuentre conviviendo físicamente con él, dichas decisiones son acerca la educación o la atención médica.

Es difícil definir legalmente el concepto de custodia, ya que, la legislación civil guatemalteca no lo establece como tal, pero se dice que la guarda y custodia viene aparejada a la Patria Potestad y la Tutela, instituciones propias al derecho y obligación de cuidar y proteger a la persona que está a su cargo.

La doctrina resume el término como el derecho y la obligación que tiene una persona de dar alojamiento y conservar a un menor. La custodia se puede ejercer en distintas esferas, dependiendo de la situación legal del menor, en algunos casos la ejercen ambos padres, cuando conviven juntos, la ejerce un padre cuando el otro la haya

³³ Galindo Garfias, Ignacio. **Derecho civil, primer curso.** Pág. 701-702

perdido, en caso de tener padres o que ambos hayan perdido la custodia, lo ejerce un pariente o institución.

César Rayón, para hacer más sencillo el entendimiento de ambos conceptos, lo explica de la siguiente manera:

a) Naturaleza jurídica

Es poco difícil determinar la naturaleza jurídica de custodia, en virtud de que no existe suficiente material bibliográfico en el ámbito legal, en las mismas circunstancias se encuentra la doctrina encamina a este tema. Pero el ejercicio de la custodia permite conocer la esencia de esta figura, así como establecer su importancia; por ello es necesario explorar el entorno para llegar a la conclusión que es en realidad un derecho jurídicamente hablando, dado que al conocer su naturaleza jurídica se delimita a cada derecho que tienen los sujetos de la obligación.

Si bien para algunos autores es adoptada la custodia como un derecho, debido a que el ascendiente o la persona encargada tiene la facultad de vigilancia, protección, cuidado y posesión del menor a su cargo, de igual manera se concibe como una obligación toda vez que los progenitores o la persona están moralmente y legalmente obligados a proporcionar a los menores lo necesario, tanto económicamente como física y psicológicamente para el adecuado desarrollo del menor.

Entonces la custodia (íntimamente ligada con la guarda) también se puede considerar como una institución jurídica que se puede adoptar por las legislaciones, en donde se da el derecho y obligación a los progenitores o a la persona encargada del cuidado del menor, a vigilar por su desarrollo integral.

b) Características de custodia

Así como toda institución jurídica tiene sus características, la custodia tiene las propias, las cuales se desglosan a continuación según la facultad natural o legal. Son impuestas al sujeto activo por una autoridad competente en materia familiar.

César Rayón Sánchez, en su tesis de licenciatura clasifica la guarda y custodia en general y especial. Expresado de la siguiente manera:

i) General

Los padres o quien posea la custodia de un menor, tendrá la plenitud de los derechos y obligaciones, desde la posesión, la vigilancia y cuidado del menor, por cual tiene que velar por el desarrollo del niño, niña o adolescente.



ii) Especial

En el caso de que la custodia sea especial, se limita el actuar del sujeto activo a aquellas que una autoridad competente en materia de familia le otorga, por lo tanto el excederse en su actuar se estaría ante la figura de carácter general. De igual manera se puede derivar que se encuentra la custodia provisional o la definitiva, que establece la duración que tiene el custodiante para ejercer sus obligaciones; estos casos de custodia, se da cuando se le otorga a un familiar o una institución. En el último caso una autoridad en materia familiar estipula cómo se ejercerá la custodia.

Los padres por medio del ejercicio de la custodia tiene el deber de cumplir con las estipulaciones que la Patria Potestad establece, según el Artículo 253 del Código Civil guatemalteco, regula: el padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir con los deberes de la patria potestad. El hecho que los padres no posean la custodia de los hijos no significa que están exentos de responsabilidad, tienen la obligación de mantener la relación por medio del derecho de vigilancia y colaboración.

En el caso que el Sistema de Bienestar de la Infancia recoja a los hijos cuando los padres guatemaltecos son detenidos por las autoridades migratorias estadounidenses, la autoridad posee una custodia especial sobre los niños, niñas y adolescentes, dado

que su potestad se limita a actuaciones que beneficien a los infantes según las Cortes Familiares, esto se da cuando los padres, el padre o la madre se involucra en el proceso de recuperación de custodia. El supuesto puede variar cuando los padres, el padre o la madre no logran una comunicación con el Sistema de Bienestar de la Infancia o no continúan con el proceso, las Cortes Familiares otorgan la custodia total o general de los niños, niñas o adolescentes. La custodia de los hijos la determinará la Corte Familiar estadounidense que tenga a su cargo el caso.

4.2 Sistema de Bienestar de la Infancia

Un sistema, según la Real Academia Española, es un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí y ese conjunto relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto.

Ahora bien, el concepto bienestar va encaminado a todas aquellas cosas que son necesarias para vivir bien, en satisfacción y tranquilidad, ya sean condiciones físicas o mentales indispensables para el desarrollo como ser viviente.

Un infante, es un ser humano que aún no ha cumplido la mayoría de edad, según la Convención sobre los Derechos del Niño en el Artículo uno, quien necesita de la protección de un adulto, ya sean los padres o un tercero, para su crecimiento y desarrollo. El límite de la mayoría de edad dependerá del país en donde se encuentre



ya que, cada Estado posee legislación que regula la edad para considerar a una persona con capacidad de ejercicio.

Ahora bien, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, estipula en el Artículo dos que: para lo efectos de la ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años, y adolescente a toda aquella de los trece hasta que cumple dieciocho años de edad.

Entonces un Sistema de Bienestar de la Infancia, es aquel conjunto de reglas o principios que velan por el cumplimiento de una calidad de vida digna para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad de sus derechos, para que puedan tener las condiciones necesarias para su subsistencia, en caso contrario, son alejados de los padres o de quien tenga a cargo su cuidado y son remitidos a una institución que vele por los derechos del niño, niña o adolescente.

“Un sistema de protección para el niño comprende leyes, políticas, procedimientos, procesos de prácticas destinadas a la prevención y la lucha eficaz contra los diversos problemas de maltrato, violencia y discriminación que pueden perjudicar el bienestar de los niños.”³⁴

La protección de la infancia, para UNICEF, son las labores de prevención y respuesta a las violaciones y abusos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Son programas dirigidos a los niños, niñas y adolescentes que no reciben supervisión de

³⁴<http://www.humanium.org/es/derecho-proteccion/> (Consultado: 18 de mayo de 2017)



sus padres, transgreden a la ley o viven en conflictos armados; pero existen variantes al respecto, puesto que en la actualidad el sistema de protección a la infancia se involucra en otros aspectos; como cuando los padres son detenidos por la comisión de un delito, o por la situación irregular de los padres sean detenidos y posterior repatriación, que en este último caso no es que los padres no brindan la protección a sus hijos, pero físicamente no conviven con ellos.

Estas medidas son adoptadas para evitar el peligro físico y mental de los niños, niñas y adolescentes, debido la violación a sus derechos afecta su formación y desarrollo ya que, desde su corta edad se influye en sus relaciones de adulto, la capacidad de obtención de un empleo, la educación, y la adquisición de aptitudes adecuada para la crianza de sus hijos.

El Sistema de Bienestar o Protección de la infancia o la niñez es denominado de distintas maneras, dependiendo del lugar. Es una entidad estatal creada para velar por la protección de la niñez y adolescencia. Pero los Estados deben examinar las principales normas internacionales que van dirigidas a la protección de los derechos del niño, niña o adolescente y si no va en contra del ordenamiento jurídico interno, ratificar y traspasar los preceptos con el fin de crear y fortalecer un sistema eficaz.

En Guatemala, es la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia la encargada de llevar a cabo los programas de promoción y representación de los derechos fundamentales, velando por su protección y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Para efectos de esta investigación se enfocará en la explicación del Sistema de Bienestar de la Infancia de los Estados Unidos de América y de la República de Guatemala.

“El Sistema de Bienestar de la Infancia está compuesto por agencias gubernamentales y organizaciones privadas responsables de proteger a los menores de edad. Estas agencias y organizaciones trabajan en colaboración para garantizar la seguridad de los infantes y la fortaleza de las familias. Hay muchas razones por las que el Sistema de Bienestar de la Infancia entra en contacto con las familias; en la mayoría de los casos se trata de menores abandonados, maltratados, descuidados, o bien, cuando los progenitores no pueden cuidarles por estar en prisión o por haber sido detenidos o deportados.”³⁵

El Proyecto Florence de Derechos de Inmigrantes y Refugiados, lo define de la siguiente manera: “CPS quiere decir Servicios de Protección al Menor (Child Protective Services). Cada uno de los 50 estados en los EE.UU. tiene una agencia gubernamental por separado diseñada para proteger a menores que se sospecha están siendo abusados, abandonados o desatendidos y para ayudar a familias cuyos hijos están en riesgo de ser abusados, abandonados o desatendidos. CPS es el nombre de esta agencia en Arizona. Si CPS está involucrada con sus hijos puede ser debido a incidentes del pasado antes de que se lo llevaran a inmigración o puede ser porque

³⁵Women’s Refugee Commission. **Me han detenido o deportado: ¿Qué pasará con mis hijos o hijas?**
Pág. 4

piensan que no hay nadie disponible para cuidar a sus hijos porque usted está en detención por inmigración.”³⁶

Las políticas y procedimientos van a variar dependiendo del Estado donde se encuentre.

La Comisión de Mujeres Refugiadas divide en dos fases el Sistema de Bienestar de la Infancia, quedando de la siguiente manera:

a) Servicios sociales del Sistema de Bienestar de la Infancia:

Esto no es más que los servicios, programas o políticas que brinda el Sistema de Bienestar de la Infancia. También se menciona que cada estado tiene sus propios programas y el nombre varia. Se puede denominar como Servicios de Protección al Menor, División de Servicios Infantiles y Familiares, Departamento para la Infancia, Juventud y Familias o de algún otro modo.

b) Cortes del Sistema de Bienestar de la Infancia:

La función de las cortes es decidir sobre la custodia de los niños, niñas o adolescentes cuando se encuentran vulnerables a sus derechos, en donde los jueces dictaminan conforme a su bienestar y si la protección se encuentra con los progenitores o no. Cada

³⁶Proyecto Florence de Derechos de Inmigrantes y Refugiados. **Protegiendo sus derechos.** Pág.3

estado cuenta con sus propias cortes. “Esta corte puede recibir el nombre de Tribunal de Protección de Menores, Consejo de Menores, corte familiar, Corte para Menores u otro, dependiendo del estado.”³⁷ (sic)

4.3 Derechos y principios de los niños, niñas y adolescentes

Los derechos de los niños, niñas y los adolescentes son temas de discusión en la actualidad, debido que son el grupo más vulnerado por las oleadas de violencia que se sufre en los últimos años a nivel mundial; la explotación, el trabajo infantil, la violencia intrafamiliar, la trata, el tráfico de órganos y drogas, los principales protagonistas son los menores de edad. También se puede mencionar que son involucrados en hechos delictivos por su inimputabilidad. Pero aquí no acaban los peligros a que están expuestos.

En el tema migratorio los niños y adolescentes toman la decisión de cruzar las fronteras de su país de origen para reencontrarse con sus padres o poder dar sustento a la familia que se queda; otros tienen que vivir encubiertos para que sus padres no puedan ser detenidos o repatriados, aunque los niños, niñas o adolescentes sean ciudadanos del país de destino de los padres.

Es por esta razón que se han aumentado los esfuerzos para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes y puedan percibir una mejor calidad de vida, su desarrollo integral y su interés superior.

³⁷Women’s Refugee Commission. **Op. Cit.** Pág. 28

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el cuerpo legal creado para proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a nivel internacional, con el cual, los Estados parte se comprometen velar por el cumplimiento de los preceptos establecidos y aplicarlos en el ejercicio del marco legal interno.

Sin embargo, los tratados internacionales establecen principios jurídicos para garantizar la protección de los derechos de los niños y adolescentes. Los principios establecidos deben de ser examinados y aplicarlos en la formación de políticas, programas y todos los actos que van dirigidos a los niños, niñas y adolescentes.

La Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, es un instrumento legal importante en donde regula los principios que deben explorar los Estados parte y adoptarlos a las legislaciones locales, con el fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones para la Infancia -UNICEF, por sus siglas en inglés- es la entidad a nivel internacional que está dedicada a la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que se encuentre vulnerables a agresiones físicas, mentales, sociales y culturales. La UNICEF emite diversidad de programas para que los Estados consideren e incluyan en las políticas internas para velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales de este grupo vulnerable y fomentar su importancia para la sociedad como futuros ciudadanos.

Los principios adoptados por la Declaración de los Derechos del Niño y los servicios que brinda la UNICEF, también son aplicables para los niños, niñas y adolescentes migrantes, de igual manera para aquellos que tengan problemas por la situación migratoria de los padres.

La UNICEF, en el documento La Travesía: migración e infancia, establece una serie de principios que han sido recopilados de los tratados internacionales, y se ha extraído los más representativos para la situación migratoria de los niños, niñas o adolescente o la de sus padres. Se alude a los siguientes principios y derechos:

a) Principio del interés superior del niño

El Artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Las autoridades nacionales e internacionales deben garantizar una calidad de vida digna, cuando el niño, niña o el adolescente se encuentra vulnerable a sus derechos. Deben de asegurar un ambiente adecuado a su edad en donde pueda desenvolverse de la mejor manera. El interés superior del niño es lo más provechoso, lo que favorezca, debido a su condición de recibir una protección especial.

En el ámbito migratorio, se debe garantizar la protección de sus derechos no importando su nacionalidad o el estatus migratorio propio o el de sus padres, las decisiones deben tomarse conforme a lo que le asista como sujeto de derechos especiales.

b) Principio de no discriminación

Este principio se encuentra establecido en la Declaración de los Derechos del Niño como el primer principio y de igual manera en el Artículo dos de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual obliga a los Estados a garantizar y respetar los derechos de cada niño, niña o adolescente, independientemente de la raza, 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, niña o adolescente, de sus padres o de sus representantes legales. Se debe evitar el fomento a la discriminación de los niños, niñas y adolescentes garantizando su protección no importando en el territorio que se encuentre.

c) Derecho a la participación

El niño como persona tiene el derecho a emitir libremente su opinión en cuanto a su situación, circunstancia que debe ser garantizada por los Estados, obligados a no menospreciar lo que expresa el infante por cuestión de su edad. Este derecho permite a que el infante emite su opinión libremente en cuanto a cualquier asunto que le afecte.

El niño debe de tener un ambiente seguro donde pueda percibir que es respetado y escuchado en cuanto a sus intereses y opiniones. Al respecto la Convención sobre los Derechos del Niño, estipula que no solo debe ser escuchado cuando el infante tenga la capacidad de formarse en juicio, sus opiniones deben ser tomadas en cuenta con la seriedad del caso.

d) El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo

Tanto la Declaración de los Derechos del Niño como la Convención sobre los Derechos del Niño regulan que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo. Los infantes deben de estar en condiciones dignas, donde tenga una vivienda, alimentación, educación y acceso a la atención médica conforme a su edad y necesidades.

Tal y como lo establece la UNICEF, asegurar el desarrollo integral del niño no se encamina solamente en prepararlo en su vida adulta, se deben proporcionar condiciones óptimas que protejan su infancia.

e) Principio de unidad familiar

La familia como grupo fundamental para el desarrollo de los seres humanos, es la base de la protección de los infantes. Desde aquí el niño inicia a reconocer que está sujeto a derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño, establece en el preámbulo que

la familia es: el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. También reconoce que: para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Entonces la familia debe de estar protegida para que pueda garantizar el cumplimiento y la protección a los niños, niñas y adolescentes en su desarrollo integral, físico, moral cognitivo y social. Debido que el seno familiar del infante sienta las bases en cuanto a su comportamiento como ciudadano. La Convención consagra dos principios fundamentales en el Artículo 9 relacionados con la unidad familiar. Como primer punto, el niño, niña y adolescente debe permanecer con sus padres, exceptuando cuando tal supuesto vaya en contra del interés superior del niño. Como segundo lugar, el niño, niña y adolescente debe mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, si fuere posible.

f) Derecho a la protección contra la violencia

Los niños, niñas y adolescentes por la etapa que se encuentran suelen ser el grupo más vulnerable a situaciones que van contra su dignidad física y emocional. Sufren tratos que no le permiten el disfrute de su infancia, obligados a que su inocencia sea violentada.

Por tal motivo, al encontrarse los niños, niñas y adolescentes en el seno familiar, representante legal o la persona que esté a cargo de ellos, sus derechos deben ser garantizados. De igual manera, el Estado debe crear programas que protejan los derechos fundamentales de los infantes, para evitar todo tipo de tratos que quebranten la integridad de los niños, niñas y adolescentes.

g) Principio de no devolución

Este principio va dirigido con especialidad a los niños, niñas y adolescentes migrantes o que sus padres se encuentran en esta situación. Dicho principio consiste a que el niño, niña o el adolescente no debe ser devuelto a su país sin previamente verificar que en el país de origen no existen motivos o situaciones que vulneren los derechos fundamentales de los infantes, en donde resulte un peligro real de daño irreparable que le afecte.

No todos los Estados cumplen con este principio, por ejemplo, Estado Unidos de América devuelve a los niños o adolescente migrantes a su país de origen sin antes verificar la vulnerabilidad que sufren sus derechos en el país de nacimiento. De esta manera violentan el principio de interés superior del niño.

En declaraciones del Consejo Nacional para el Migrante -CONAMIGUA- de 2016 se señaló que, a diferencia de otros años, las autoridades de Estados Unidos ya se encuentran preparadas por la apertura de más albergues y los procesos se han



agilizado, asignando un protector legal a los niños mientras un juez resuelva su situación. A pesar de las nuevas políticas encaminadas a la protección de niños, niñas y adolescentes migrantes, el principio de no devolución en beneficio de los niños, niñas y adolescentes sigue siendo el más lacerado por muchos Estados.

h) Garantía del debido proceso

El debido proceso legal es verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales e internacionales, en donde debe respetarse cada etapa del proceso, observando las actuaciones de acuerdo a la fase en cuestión en las instancias procesales.

4.4 Análisis del Proceso de recuperación de custodia

Un proceso es un conjunto de acciones que se llevan ante un juez o tribunal, tendiente a dilucidar una determinada pretensión entre los sujetos, la cual concluye con una resolución.

Recuperación no es otra cosa que adquirir lo que antes se tenía. Esto quiere decir que es adquirir de nuevo la guarda que se tenía de los hijos.

El proceso de recuperación de custodia se dirige a todos los progenitores o personas que tengan bajo su cuidado la custodia de un niño o adolescente y la hayan perdido por

alguno de los motivos que generan según el Sistema de Bienestar del Infante, como puede ser: el maltrato físico o psicológico, desatención, abandono, abuso sexual, el abandono de los hijos por motivo de detención o repatriación u otras actividades que vayan en perjuicio de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.

Para el efecto las autoridades estadounidenses establecen un proceso por el cual los padres puedan recuperar la custodia de los hijos, pero deben de cumplir con lo establecido por las cortes familiares o juzgados, denominación que dependerá del Estado donde se encuentran los niños. Es importante realizar la observación que cada Estado cuenta con su propio proceso o procedimiento para recuperar la custodia, de igual manera así cambia la denominación. Para el desarrollo en la presente investigación se utilizarán términos generales que hagan alusión a las entidades encargadas, tales como: Sistema de Bienestar del Infante, Corte familiar, Servicio de Inmigración y Aduanas -ICE, por sus siglas en inglés-, abogado del caso (encargado de brindar auxilio a la persona que desea recuperar la custodia del niño), los consulados.

El proceso de recuperación de custodia en los Estados Unidos de América es un trayecto complicado para los migrantes de todas las nacionalidades, debido a que son estrictos en cuanto a las disposiciones que emiten.

Las cortes o juzgados familiares de los Estados Unidos de América velan por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes con nacionalidad estadounidense, debido a que son futuros ciudadanos del país, quienes son elementos estratégicos para el

desarrollo del Estado y se tiene la ideología que lo mejor para los infantes es permanecer dentro del territorio, puesto que las oportunidades son mayores a que los niños viajen a los lugares de origen con sus padres.

Las acciones inician cuando los padres o la persona encargada es detenida y los niños a su cargo quedan desatendidos, todos los casos se dan en condiciones diferentes, pero cuando se tiene la noticia que hay niños en su protección el Sistema de Bienestar de la Infancia inicia su labor ya que recoge a los niños, niñas o adolescentes y se apertura el caso, debido que el padre en ese momento pierde la custodia de los hijos por no poder brindar atención al infante.

El proceso se resume en los siguientes puntos:

- a) La persona detenida por las autoridades migratorias de Estados Unidos de América verifica si sus hijos se encuentran o han sido recogidos por el Sistema de Bienestar del Infante.
- b) Si los niños se encuentran bajo la protección de Sistema de Bienestar del Infante, se debe investigar la oficina, número de caso, nombre del trabajador social o agente asignado al caso. Los padres o el padre encargado tienen que comunicarse para preguntar la situación de los hijos.



c) Es preciso que se coloque el número de extranjero en el expediente del niño, para que se establezca que el caso es por una circunstancia migratoria. Desde que el padre se comunica con el agente o trabajador social, se debe hacer todo lo posible para mantener la relación de comunicación y hacer saber que se encuentra detenido.

Es muy difícil comunicarse cuando se está detenido y no todos los agentes contestan a la primera llamada que se realice, el padre debe ser paciente y buscar la manera para poder saber el lugar donde se encuentran los hijos y las condiciones bajo las que están.

Al momento de conocer el sitio donde fueron ubicados, si se es posible enviar cartas u algún medio que se encuentre al alcance, para que eso pueda servir de prueba cuando el caso sea llevado a la corte familiar. De igual manera, los padres o el padre encargado, deben guardar copias o registro de todo lo que se está realizando para mantener el contacto con los menores y el agente a cargo del caso.

d) Es adecuado auxiliarse de un abogado ya que, será quien intervenga en nombre de los padres o el padre, frente a la corte, quien será designado por el tribunal. Se debe preguntar por el nombre completo, dirección postal y número de teléfono. Cuando aún no se ha asignado uno, se pregunta el motivo por el cual no se cuenta con un abogado. Es importante el auxilio de un abogado.



e) Tribunal o corte familiar. Cuando el caso se remite a la corte, será quien decide sobre la custodia y en algunos casos la patria potestad de los menores. En este momento los padres o el padre encargado deben, de alguna manera, hacerse presente a las audiencias.

f) Los consulados pueden ayudar en el proceso de recuperación de custodia, brindan ayuda gratuita a las personas que se encuentran detenidos por la ICE. Si los padres, el padre o la madre lo considera, pueden comunicarse con las autoridades de su país de origen para que le brinden ayuda con el caso.

g) El padre debe formar parte del proceso, debido que se encuentra detenido, la búsqueda de alternativas es la mejor opción, intentando lo imposible para que la corte familiar las acepte.

h) Presencia durante audiencias; como el padre se encuentra detenido por inmigración, físicamente no puede acudir a las audiencias, sus opciones son: buscar colaboración del oficial de deportación para poder asistir a la audiencia (no siempre estarán dispuestos a brindar ayuda), que los hijos lo visiten donde se encuentra detenido (tampoco es factible que tanto el Sistema de Bienestar del Infante como la corte lo acepten, se debe intentar) o presentarse por medio de llamadas telefónicas (debe contar con dinero para poder realizar este tipo de acciones).

i) Cuando se es repatriado; el proceso continúa, pero el factor distancia es un inconveniente, el padre debe buscar de manera inmediata en su país de origen para no perder también la patria potestad y el niño, niña o adolescente sea dado en adopción.

Los procesos ante la corte tienen un plan de permanencia, el cual tiene cuatro opciones: "1) reunificar la familia, 2) curatela/ tutela legal, 3) colocación a largo plazo en un lugar sustituto, 4) adopción."³⁸

El problema se da cuando la persona es repatriada, muchos gobiernos no cuentan con un programa que brinde servicio a los padres que tienen un proceso vigente en los Estados Unidos de América y es difícil contactar desde el país de origen por el costo de las llamadas, en muchas ocasiones los ingresos son nulos por la situación de no tener un empleo.

4.5 Proceso de recuperación de custodia de hijos estadounidenses a padres guatemaltecos repatriados

En la República de Guatemala aún no se encuentra regulado un proceso o procedimiento que sienta las bases para que el padre guatemalteco repatriado pueda continuar con el proceso desde el país.

³⁸El Proyecto Florence de Derechos de Inmigrantes y Refugiados. **Op. Cit.** Pág. 20 y 21



Las entidades no gubernamentales internacionales que han desarrollado de manera general el proceso de recuperación de custodia (debido que cada estado tiene su propio proceso y políticas) recomiendan que cuando el o los progenitores son repatriado al lugar de origen se aboquen a las agencias de bienestar infantil de su país para que puedan brindarle ayuda para poder continuar con el proceso. Pero Guatemala no cuenta con un programa específico para que los guatemaltecos puedan seguir el proceso desde acá, el cual se ejecutaría a través de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores trabaja conjuntamente con la Procuraduría General de la Nación por temas de niños, niñas y adolescente, pero los esfuerzos por apoyar a los padres cuando su custodia se encuentra afectada han tenido muy pocos avances y como consecuencia el o los padres pueden perder la patria potestad de sus hijos y que sean dados en adopción.

Existen organismos de la sociedad civil que apoyan a los guatemaltecos repatriados y se busca la manera que puedan desenvolverse en el país ya que, no se tienen un ingreso económico, las posibilidades de un empleo puede llevar un tiempo gradual para obtener uno. El padre no solo es afectado por su condición de repatriado sino también la desesperación de no poder tener consigo a sus hijos agravando la situación el peligro a la desintegración familiar.



Entre las funciones de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, es velar por el interés superior de las niñas, niños y adolescentes y la protección de la familia, para que dentro del seno familiar se den la protección y el desarrollo integral de la infancia. Para tal efecto el Estado guatemalteco debe involucrarse dentro del proceso de recuperación de custodia, debido que la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 47, establece en su parte conducente que: el Estado debe garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia (...).

El Artículo cinco de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, regula en el segundo y tercer párrafo que: se entiende por interés de la familia, a todas 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.

Ahora bien, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en el Artículo siete que: el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Las autoridades estadounidenses, según su criterio, el interés superior de los niños es que permanezca en su país de origen, evitando que el niño pueda reunirse con sus padres biológicos, debido que en Guatemala no puede tener la misma calidad de vida que en los Estados Unidos de América. Pero no se toma en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente, un



principio fundamental de los Derechos del niño, en donde afectan su estado emocional. Privando al niño a la reunificación familiar y convivencia con su familia biológica.

Es por esta razón que es importante que el Estado guatemalteco apoye al guatemalteco que desea reunificar su familia. Tal precepto puede realizarse por medio de las mismas instituciones que ya están involucradas, por lo tanto es prudente como avance que se creen políticas específicas para el seguimiento del proceso de recuperación de custodia, debido a que el padre no puede presentarse físicamente, brindar insumos para que se pueda hacer presente, ya sea por medio de videoconferencias o una persona en representación del progenitor pueda acudir al proceso en territorio estadounidense donde la Corte Familiar perciba la importancia que tiene el infante para el Estado guatemalteco. Así como el involucramiento de las autoridades consulares es relevante para la recuperación de custodia del o los infantes.

Para tal efecto se propone la CREACIÓN DE UN PROTOCOLO que involucre las siguientes instituciones: a) Consejo Nacional de Atención al Migrante; b) Procuraduría General de la Nación; c) Procuraduría de Derechos Humanos; d) Instituto Guatemalteco de Migración por medio del Consejo de Atención y Protección (actualmente la Dirección General de Migración); e) La Comisión del Migrante del Congreso de la República. Se estima que dicho protocolo puede contener lo siguiente:

1. Que al momento de la llegada de los guatemaltecos que dejaron hijos menores de edad en Estados Unidos de América al Aeropuerto Internacional la Aurora, que es la vía más frecuente de llegada, las instituciones públicas anteriormente indicadas tengan

- un delegado en dicho aeropuerto, y que como parte de la información de recepción, se le pregunte sobre la situación en la que quedaron sus hijos, que proporcionen los nombres y edades, así como el Estado territorial donde quedaron y si tienen conocimiento que ya exista un proceso sobre la custodia de dichos menores.
2. Con esa información la Procuraduría General de la Nación por medio de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, en conjunto con el Ministerio de Relaciones Exteriores, deben ofrecer todo su apoyo legal para que el nacional padre guatemalteco puede darle seguimiento al proceso de custodia de sus hijos, a tal efecto debe abrirse un canal de comunicación entre dichas instituciones y el repatriado.
 3. Que la Procuraduría General de la Nación por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores a través de los consulados respectivos, en un plazo razonable verifiquen la situación del niño, niña o adolescente en los Estados Unidos de América, y que se procure la intervención del consulado como parte del proceso que ventile ante las Cortes Familiares de aquel país.
 4. Que sea el representante consular quien represente al padre repatriado en todas las audiencias en las que sea indispensable su intervención, incluso puede proponer la posibilidad de que el padre participe en las audiencias a través de video llamadas, debiendo el consulado proveer todo lo indispensable para realizar tal procedimiento.
 5. La Procuraduría General de la Nación emita informes como por ejemplo estudios socioeconómicos y psicológicos para demostrar la necesidad de la reunificación familiar invocando y haciendo valer el interés superior del niño, niña o adolescente.
 6. Que el consulado como parte del proceso respectivo gestione la posibilidad que se autorice a que los hijos puedan visitar a sus padres, a tal efecto puede participar la



Procuraduría de la Niñez y Adolescencia como garante de la protección de los menores.

7. Si la Corte Familiar de Estados Unidos de América finalmente resuelve devolver la custodia al padre guatemalteco, las instituciones encargadas deben brindar todo el apoyo legal y de ser posible económico para el traslado de los menores.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El problema de pérdida de custodia de los hijos nacidos en los Estados Unidos, actualmente está afectando a muchos padres guatemaltecos cuando son detenidos y posteriormente repatriados, es un tema trascendental para el Estado de Guatemala, debido a que la separación de la unidad familiar como un derecho fundamental, es un fenómeno que apareja otras consecuencias que pueden llegar a desequilibrar la armonía en el sistema de gobierno, preceptos que son establecidos en la normativa nacional como internacional como derecho inherente de la persona jurídica individual.

La protección a la familia está regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se garantiza el derecho del infante a convivir con su familia biológica en la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño. Es por este motivo, que es esencial el apoyo a los padres guatemaltecos de parte del Estado.

El Estado guatemalteco, para garantizar la reunificación familiar debe crear por medio de las instituciones existentes un programa encaminado en ayuda a los padres guatemaltecos, repatriados, para poder continuar desde acá con el proceso de recuperación de custodia de los hijos con nacionalidad estadounidense que se encuentran en los Estados Unidos de América. Dichos esfuerzos son viables mediante la creación de un Protocolo interinstitucional donde se desarrolle el proceso que se llevará a cabo por medio de las autoridades guatemaltecas.





BIBLIOGRAFÍA

American Friends Service Committee. **Guía de repatriaciones: un recurso para individuos y familias en proceso de deportación.** (s.e.); (s.l.i.), 2003.

BEZARES CÓBAR, Patricia. **Mesa Nacional para las migraciones MENAMIG: terminología migratoria.** Guatemala: (s.e.), 2010.

CASTLES, Stephen, y Mark Miller. **La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno.** México: Miquel Ángel Porrúa Librero-Editor, 2004.

Centro de Estudios sobre Refugiados. **Revista migraciones forzadas: sin identidad. Escasos derechos. Escondidos en la sociedad. Olvidados. Apátridas.** Número 32; Alicante, España: Ed. Imprenta de la universidad de Alicante, 2009.

Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales. **Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar.** Suiza: Ed. SRO-kundig, 2005.

Consejo Nacional de Población. **Índices de intensidad migratoria México-Estados Unidos.** México: (s.e.), 2010.

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marco Francisco. **Revista internacional de derechos humanos: El derecho a la nacionalidad.** Número 1; México: (s.e.), 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales.** Número 15; (s.l.i.): (s.e.), 2006.

Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia -UNICEF-. **La travesía: migración e infancia.** México: Ed. Unicef México, 2011.

GALINDO GARFIAS. **Derecho civil, primer curso.** México: Ed. Porrúa; 1980.



<http://www.humanium.org/es/derecho-proteccion/> (Consultado: 18 de mayo de 2017)

<https://www.iom.int/es/enunciado-de-mision> (Consultado: 23 de abril de 2017)

<http://www.listindiario.com/editorial/2015/06/19/377056/repatriacion-no-deportacion-para-que-no-nos-confundamos> (Consultado: 25 de abril de 2017)

<http://www.movilidadhumana.com/sobre-nosotros/mision/> (Consultado: 23 de abril de 2017)

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales: concepto y garantía**. Madrid, España: Ed. Trotta, 1999.

LANDRY, Véronique. **Revista sociedad y equidad: migración y cambios en Guatemala**. Número 1. Santiago, Chile: Universidad de Chile, 2011.

LÓPEZ, Claudia y Danilo Rivera. **Aproximaciones de la política migratoria para Guatemala**. Grupo Articulador de la Sociedad Civil en Materia Migratoria Guatemala: (s.e.), 2013.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **Curso de derechos humanos**. 4a. ed. Guatemala: Ed. Litografía MR, 2012.

MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge. **América Latina y el Caribe: migración internacional y desarrollo**. Santiago, Chile: Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2008.

Organización Mundial para las Migraciones. **Terminología**. Vol. I; (s.l.i.): Naciones Unidas, (s.f.).

Proyecto Florence de Derechos de Inmigrantes y Refugiados. **Protegiendo sus derechos paternos**. Arizona, Estados Unidos: (s.e.), 2010.



RAYÓN SÁNCHEZ, César. La guarda y custodia de menores en el Estado de Hidalgo. Pachuca, Hidalgo: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2008.

ROBERT, Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, España: Ed. Imprenta Fareso, S.A. 1993

Women's Refugee Commission. Me han detenido o deportado: ¿Qué pasará con mis hijos o hijas?. Nueva York, Estados Unidos: (s.e.), 2014.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General en resolución 217 A(III) del 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Decreto número 6-78, ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, 1978.

Convención sobre los Derechos de los Niños. Decreto número 27-90, ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, 1990.

Código de Migración. Decreto número 44-2016, Congreso de la República de Guatemala, 2016.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto número 27-2003. Congreso de la república de Guatemala, 2003.

Código Civil. Decreto Ley 106. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Ley de Nacionalidad. Decreto número 1613, Congreso de la República de Guatemala, 1966.



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Decreto 9-92, ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Decreto número 69-87, ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, 1987.