

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



**IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA CONSULAR PARA LAS
PERSONAS DETENIDAS EN EL EXTRANJERO PARA
GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO**

BERTA LIDIA VÁSQUEZ LÓPEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2019

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

**IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA CONSULAR PARA LAS
PERSONAS DETENIDAS EN EL EXTRANJERO PARA
GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BERTA LIDIA VÁSQUEZ LÓPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2019

**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 Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

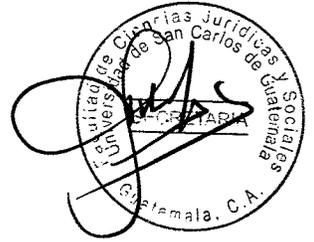
Primera Fase:

Presidente: Licda. Silvia Esperanza Fuentes López
Vocal: Lic. Byron Darío González Reyes
Secretario: Lic. Francisco Javier Ardon Palencia

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Rosa Amalia Cajas Hernández
Vocal: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Secretario: Lic. Adolfo Vinicio García Méndez

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 20 de marzo de 2018.

Atentamente pase al (a) Profesional, FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
VASQUEZ LOPEZ BERTA LIDIA, con carné 200815977,
 intitulado IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA CONSULAR PARA LAS PERSONAS DETENIDAS EN EL
EXTRANJERO PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTINEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 09/04/2018

Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
 Abogado y Notario
 Col. 5458

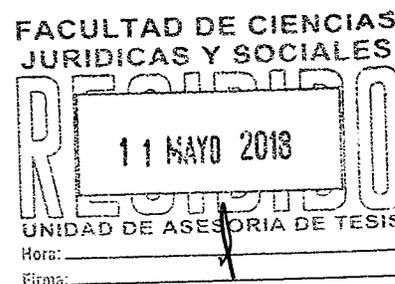


LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIÉRREZ
Abogado y Notario – Col. 5658
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
6ª. Ave. 14-33 zona 1, Oficina 304 Edificio Briz
Tel. 55622341



Guatemala, 30 de abril de 2018.

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la unidad de asesoría de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Licenciado:

En atención al nombramiento como asesor de Tesis, de la bachiller **BERTA LIDIA VÁSQUEZ LÓPEZ**, me dirijo a usted y habiendo asesorado el trabajo encomendado, emito el dictamen respectivo; y

EXPONGO:

- I. El trabajo de investigación, se nomina: **“IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA CONSULAR PARA LAS PERSONAS DETENIDAS EN EL EXTRANJERO PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO”**.
- II. Respecto a la contribución científica, se centró en demostrar la importancia de la asistencia consular a los connacionales detenidos en el extranjero, cuando son sometidos a un proceso penal y guardan prisión.
- III. Expresamente declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grado de ley.
- IV. Se establece, que se cumplieron los requisitos exigidos por el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual resulta procedente dar el presente dictamen favorable, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIÉRREZ
Abogado y Notario – Col. 5658
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
6ª. Ave. 14-33 zona 1, Oficina 304 Edificio Briz
Tel. 55622341



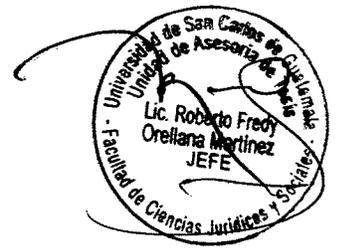
- V. En la asesoría del trabajo de tesis, discutí y ordene los cambios y correcciones que la investigación requirió. Procedí a asesorar los diferentes métodos empleados, los cuales fueron el deductivo, que partió de generalizaciones universales permitiendo obtener inferencias particulares; el sintético, mediante el cual se relacionaron hechos aislados para poder así formular una teoría unificando diversos elementos y el inductivo estableciendo enunciados a partir de la experiencia, el analítico, cuyo cometido fue descomponer el tema central en varios subtemas, con el propósito de encontrar posibles soluciones. Las técnicas utilizadas fueron la observación y la bibliográfica.
- VI. Se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, que los métodos y técnicas fueron aplicados adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo; y en cuanto a la conclusión discursiva, comparto los argumentos vertidos por la autora, puesto que la misma se encuentra estructurada de acuerdo al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas.

Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
Abogado y Notario
Col. 5658

LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIÉRREZ
Abogado y Notario – Col. 5658



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 25 de julio de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante BERTA LIDIA VÁSQUEZ LÓPEZ, titulado IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA CONSULAR PARA LAS PERSONAS DETENIDAS EN EL EXTRANJERO PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO. 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/JP.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Con todo mi corazón y mi alma.
- A MIS PADRES:** Con amor filial.
- A MIS MAESTROS:** Con todo mi corazón, les agradezco sus sabios consejos.
- A TODOS MIS AMIGOS:** Con aprecio y cariño sincero.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala.



PRESENTACIÓN

Esta investigación cualitativa, se encuentra en la rama cognoscitiva del derecho administrativo y derecho internacional, tiene como finalidad analizar y determinar la importancia de asegurar el derecho de asistencia consular del detenido en el extranjero es esencial. En el contexto diacrónico, se ubica en la ciudad de Guatemala y en el sincrónico se realiza en el período comprendido de enero del 2017 a marzo del 2018.

El objeto es el apoyo consular en el ámbito legal en el extranjero y como sujeto de estudio el connacional migrante, que se encuentra detenido en el extranjero.

El aporte académico de este trabajo, es determinar la necesidad de apoyo consular que necesita el migrante detenido en el extranjero, como parte de los derechos que integran un debido proceso, siendo en este caso el derecho correspondiente a un grupo de personas migrantes que debido a su condición necesitan de una asistencia especial, por ser extranjeros.



HIPÓTESIS

La capacitación en materia legal de los cónsules en los países amigos, permitirá el apoyo y asistencia consular para las personas detenidas en el extranjero, garantizando el respecto a un debido proceso y el conocimiento de los hechos imputados en su idioma natal. Lo que permitirá evitar que los connacionales, se encuentren vulnerables y en estado de indefensión por no comprender los actos ocurridos y no contar con ayuda legal en español.



COMPROBACION DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis fue comprobada al determinar los beneficios de la asistencia legal consular a favor de los migrantes guatemaltecos, cuando estos se encuentran en territorio extranjero, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Es innegable que existen beneficios de la comunicación de los hechos imputados en el idioma natal de los connacionales guatemaltecos, presos en el extranjero, cuando no dominan el idioma de la región, ya que no pueden hacer valer sus derechos, menos aún recibir apoyo consular, lo que constituye incluso un irrespeto de los derechos humanos de guatemaltecos. El derecho del apoyo consular, es un derecho establecido en normas de carácter internacional, como lo es la Convención de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmunidades Consulares. En la actualidad es una actividad que tiene falencias, por no ser los cónsules profesionales en derecho.

Los métodos utilizados fueron el analítico, inductivo y sintético, los cuales permitieron la extracción de las partes del problema investigado, con el objeto de estudiarlo y examinarlo. Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y documental, que permitieron el desarrollo capitular.

ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Asistencia consular.....	1
1.1. El derecho internacional público.....	2
1.2. Derecho nacional y derecho internacional.....	4
1.3. El respeto a la equidad y el ius congens.....	6
1.4. Respeto del derecho internacional.....	7
1.5. El derecho consular.....	8
1.6. Fuentes del derecho consular.....	10
1.7. Autonomía y naturaleza del derecho consular.....	11

CAPÍTULO II

2. La migración como elemento principal de la detención de connacionales guatemaltecos en el extranjero.....	15
2.1. El fenómeno migratorio.....	16
2.2. La discriminación de los guatemaltecos en el extranjero.....	19
2.3. El sueño americano del migrante guatemalteco.....	21
2.4. La barrera lingüística para denunciar abusos contra el migrante.....	24
2.5. Los derechos humanos del migrante.....	25

CAPÍTULO III

3. La agenda política exterior de Guatemala.....	33
3.1. La regulación de la migración guatemalteca.....	34
3.2. Compromisos estatales en favor de los migrantes.....	37
3.3. Política exterior del migrante radicado en el extranjero.....	38



CAPÍTULO IV

4. La importancia de la asistencia consular para las personas detenidas en el extranjero para garantizar el debido proceso.....	47
4.1. La actividad consular.....	47
4.2. El agente consular.....	48
4.3. La protección consular del guatemalteco en el extranjero.....	50
4.4. Derecho fundamental de extranjero guatemalteco a la asistencia consular.....	59
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65



INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación es de tipo cualitativo, se ubica dentro de la rama del derecho internacional y administrativo, lo cual justifica determinar la importancia de asegurar el derecho de asistencia consular del detenido en el extranjero es esencial, como parte de los derechos que integran un debido proceso, siendo en este caso el derecho correspondiente a un grupo de personas que debido a su condición especial necesitan de una asistencia especial, por ser extranjeros.

El problema trata sobre la falta de asistencia consular que sufren los guatemaltecos que migran al extranjero y por diversas circunstancias son detenidos en otro país, quienes al ser sometidos a un proceso legal en otro idioma, no son asistidos por los cónsules guatemaltecos, lo cual los deja en estado de indefensión en un país lejano. Por lo que al ser sometidos a un proceso judicial, es necesario que se hagan valer sus derechos y sus garantías constitucionales. En el caso de los Estados Unidos de Norte América, dicho Estado, no comunica al consulado guatemalteco la detención de migrantes nacionales y no se informa al detenido de su derecho a comunicarse con el representante consular de su país en este caso Guatemala.

La hipótesis operativa, se comprobó al establecer que los guatemaltecos detenidos en el extranjero no gozan de las garantías judiciales que debieran aplicarse e interpretarse en armonía con la Convención de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmidades Consulares, ya que al encontrarse privados de libertad, no son auxiliados o apoyados por el consulado guatemalteco.

El objetivo general fue determinar que es necesario implementar políticas públicas de apoyo y defensa de los derechos de los connacionales en el extranjero, por ser una falencia y precariedad de conocimientos legales, lo que



es determinante en el resultado de un proceso penal de un guatemalteco en el extranjero, porque garantiza, entre otras cosas, que el detenido adquiera información sobre sus derechos constitucionales y legales en su idioma y en forma accesible, que reciba asistencia legal adecuada y que conozca las consecuencias legales del delito que se le imputa.

La tesis se divide en cuatro capítulos: dentro de los cuales el primero trata sobre la asistencia consular; el segundo desarrolla lo relativo a la migración como elemento principal de la detención de connacionales guatemaltecos en el extranjero; el tercero enuncia la importancia de la agenda política exterior de Guatemala; finalmente el cuarto se enfoca en la importancia de la asistencia consular para las personas detenidas en el extranjero para garantizar el debido proceso.

Respecto a la metodología utilizada, se hizo uso del método sintético, con el que se analizó los hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos. Este método permitió la formación de la hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones. El analítico, permitió la extracción de las partes de un todo, con el objeto de estudiarlas y examinarlas por separado. La técnica utilizada fue la bibliográfica y de observación.

Los agentes consulares coadyuvan en la preparación, coordinación y supervisión de la defensa, desarrollar un papel determinante en la obtención de pruebas atenuantes que se encuentran en el territorio del Estado del cual es nacional el acusado y contribuir a hacer más humanas las condiciones del acusado y de sus familiares, equilibrando de esta manera la situación de desventaja real en que éstos se encuentran, lo que permitiría positivizar la aplicación del Convenio de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmunidades Consulares.



CAPÍTULO I

1. Asistencia consular

“El derecho consular, es una rama del derecho internacional que ha sido muy vagamente abordada, a pesar de la importancia de esta disciplina jurídica en el mundo contemporáneo; aunado a ello, el fenómeno de las migraciones y la presencia de guatemaltecos en el extranjero, obliga a pensar en el derecho consular como una herramienta legítima, que permita proteger a las personas guatemaltecas que se encuentran en el exterior, aun cuando estén o no domiciliadas en otro Estado”.¹

El derecho consular establece que mediante su función, los nacionales gozan de un mínimo de protección en el exterior, sin vulnerar el derecho o sistema normativo del país receptor, entendido éste como aquél en el que un guatemalteco es extranjero. A través de esta rama del derecho, se debe brindar a los nacionales el apoyo, seguridad y asistencia cuando éstos lo necesiten.

Se deben sentar las bases doctrinarias y jurídicas pertinentes que les permitan a los nacionales, sentirse protegidos, sin importar la causa que impulse la migración o que los obligue a residir en el exterior, estando debidamente informados que el Estado de Guatemala se preocupa de ellos y

¹ Acosta Vargas, Gladis Ileana. **Derecho de extranjería**. Pág. 25.



les puede brindar una verdadera protección para evitar violaciones a sus derechos y otros atropellos de los que podrían ser objeto en el extranjero. Esta protección se encuentra encuadrada dentro de las funciones del Estado, que por medio del derecho consular se ha podido establecer, a través de la misión consular y las funciones que deben ejercer los cónsules en el exterior.

1.1. El derecho internacional público

“El derecho internacional público es el conjunto de normas que procuran una convivencia pacífica entre los Estados”.²

El derecho internacional, también llamado derecho internacional público o derecho de gentes, es el ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre Estados.

Los Estados solían ser los únicos entes con derechos y obligaciones internacionales, pero el actual derecho internacional también atribuye derechos y obligaciones a las organizaciones internacionales, las sociedades mercantiles y a los individuos, aunque sigue siendo cierto que el derecho internacional se ocupa primordialmente de los Estados. La denominación derecho internacional es restrictivamente técnica; designa el sistema jurídico cuya función primordial es regular las relaciones entre los Estados.

² Larios Ochaita, Carlos. **Derecho internacional público**. Pág. 193.



“A medida que los Estados han formado organizaciones entre sí, esa disciplina ha debido ocuparse también de las organizaciones internacionales y es de esperar que su preocupación por ellas ha de aumentar aún más por la corriente que presenciamos hacia la integración de la comunidad de los Estados”.³

La combinación de todas las definiciones anteriores la que mejor responde a dar una idea general más o menos exacta de lo que es el derecho internacional público contemporáneo.

“El derecho internacional público es el conjunto de principios y reglas que determinan los derechos y deberes mutuos de los sujetos o personas de la comunidad internacional”.⁴

El derecho internacional público es el conjunto de normas o principios que rigen las relaciones de los Estados entre sí, así como de los Estados y aquellos entes internacionales que sin ser Estados en el sentido pleno de la palabra, reciben tratamiento de Estados y aquellas entidades que sin ser Estados poseen personalidad jurídica internacional.

También trata sobre los Estados y de los individuos en el ejercicio de aquellos derechos y deberes que se consideran de naturaleza internacional, que deben ser respetados.

³ Bámaca Monterroso, Javier. **Derecho a la asistencia consular**. Pág. 12.

⁴ Accioly, Hildebrando. **Tratado de derecho internacional público**. Pág. 216.



1.2. Derecho nacional y derecho internacional

Entre los autores ha existido discusión por establecer si el derecho nacional y el derecho internacional o externo son dos ordenamientos jurídicos distintos, o si por el contrario constituyen uno solo.

“La discusión dio origen a dos escuelas: La escuela dualista y la escuela monista. Ésta es una cuestión más teórica que real, que la realidad apoyada por la jurisprudencia, la legislación interna y la doctrina moderna, ha demostrado que existen dos órdenes diferentes, cada uno con sus propias reglas. En su apoyo cita que existen sujetos diferentes (Estados individuos); tienen fuentes diferentes en su prioridad; las normas internacionales obligan a los individuos solo cuando han sido aprobados por los Estados a través de su órgano competente que las ratifica, incorporándolas a su sistema interno”.⁵

El derecho interno y el derecho externo forman un solo orden armónico y son manifestaciones de un solo concepto. En caso de conflicto entre derecho interno y externo, algunos afirman que deben privar el derecho interno, otros que debe ser el derecho externo.

“Se fundamenta en la imposibilidad de que exista oposición entre el derecho interno y el derecho externo, sin embargo entre éstos algunos sostienen que sí puede existir la posibilidad de oposición, pero que en tal caso la oposición

⁵ Ortíz Ahlf Loretta. **Derecho internacional público**. Pág. 114.



tendrá solamente efectos internos y será provisional hasta que el o los estados afectados revocación y deberá obligatoriamente adecuarse al derecho internacional”.⁶

En la actualidad los internacionalistas tienden a considerar esta cuestión como una discusión, puramente académica y a encuadrarla dentro de la esfera de validez material del derecho internacional.

Se considera que esta cuestión es más apropiada como punto de discusión filosófica que como punto de discusión jurídica, ya que se trata del respeto de los derechos de los ciudadanos de diferentes Estados, con diferentes legislaciones, por lo que filosóficamente se busca la convivencia pacífica en territorios distintos.

En la actualidad se acepta hablar de derecho de relaciones extranjeras, derecho internacional administrativo, derecho de coexistencia, derecho transaccional aun cuando los juristas no los adopten como títulos directivos de diferentes ramas, sin embargo, sostener que el derecho internacional o el derecho interno pueden desarrollarse en aislamiento es ir contra la realidad.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha establecido como regla general del derecho internacional que un Estado no puede invocar una

⁶ *Ibíd.* Pág. 417.



regla o laguna de su derecho interno como defensa frente a una reclamación apoyada en el derecho internacional.

1.3. El respeto a la equidad y el ius cogens

El Artículo 38 de los estatutos de la Corte Internacional de Justicia, es claro al decir que... lo anterior no restringe la facultad de la Corte... es decir le deja libertad le da flexibilidad, sujeta al consentimiento expreso de las parte en conflicto. Tiene entonces carácter facultativo y condicionado.

La equidad toma en cuenta criterios que no son meramente legalistas, se refiere a que cuando utilizando la letra muerta de las disposiciones legales se cometería una injusticia, entonces se permite aplicar otros criterios de carácter humano, justo en el amplio sentido de la palabra.

En el Common Law esta institución existe, al punto de que en ciertas jurisdicciones existen tribunales específicos llamados Cortes de Equidad. En los comienzos del derecho internacional sí se consideró a la equidad como fuente importante del mismo, identificándolo con el derecho natural.

“En relación al ius cogens, también se le llama derecho imperativo, se trata de una regla que ha sido aceptado y reconocida como tal por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, pero la carga de probar la aceptación y reconocimiento queda a quien la invoca como tal, se acerca



bastante a lo que llamamos principios generales de derecho internacionales aceptados. Puede tener su origen tanto en los tratados como en la costumbre, y es tal su fuerza que puede llegar a nulificar los tratados”.⁷

La opinión pública con la influencia que tienen en la actualidad los medios de comunicación, fácil es cambiar la opinión de la población; fácil es formar esa opinión, fácil es también tocar en pocos minutos la totalidad de la opinión mundial y crear así corrientes termómetros que muestren el consenso de la opinión mundial, el ir al encuentro de dicha opinión podría significar una perturbación serie a la paz y tranquilidad mundial.

Se inclina la balanza de un conflicto y si lo puede hacer entonces, significar que la opinión mundial pública si es una fuente importante en el derecho internacional.

1.4. Respeto del derecho internacional

La experiencia muestra que en general los Estados sí respeten las disposiciones del derecho internacional público; las razones para ello pueden la interdependencia en muchos aspectos: comercio, tecnología, finanzas, moviidades del ser humano, comunicaciones telefónicas, radiales, terrestres, marítimas, aéreas.

⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental**. Pág. 317.



El derecho internacional público se basa todavía en gran parte en la costumbre y ésta se fortalece por medio de su observancia; si un Estado infringe una regla de derecho internacional consuetudinario, puede encontrarse con que ha creado precedentes que podrían ser usados en contra de él; y los Estados son escasos en número y se basan en un territorio que necesita de los otros, y no pueden vivir indefinidamente aislados de los otros.

1.5. El derecho consular

“El derecho consular se refiere a un conjunto de principios jurídicos que regulan la institución consular”.⁸

Formalmente el derecho consular es más antiguo que el derecho diplomático, realmente puede ser que el derecho diplomático sea más antiguo que el derecho consular.

“El derecho consular inició su evolución con aspectos de derecho internacional privado, especialmente tratándose del derecho a ser juzgados por sus propias leyes aún en territorio extranjero. Los dominadores antiguos acostumbraban como una gracia de su parte permitir que los extranjeros fuesen juzgados conforme a sus leyes”.⁹

⁸ Cabanellas, Guillermo. **Derecho diplomático**. Pág. 679.

⁹ Larios Ochaíta, Carlos. **Derecho diplomático consular**. Pág. 16.



Subjetivamente, es el derecho de enviar cónsules y recibirlos; objetivamente es el complejo de las normas jurídicas sean de derecho estatal o de derecho internacional que regulan la organización y el funcionamiento del cónsul en el exterior, sus atribuciones y garantías y los privilegios de que gozan.

“Conjunto de principios jurídicos y normas legales que regulan la organización y funciones de tutela, protección y garantía que los Estados pueden establecer en favor de sus súbditos en el extranjero, para el desarrollo de la convivencia internacional”.¹⁰

Es la rama del derecho público que se encarga de proteger en el extranjero las relaciones económicas y comerciales de los Estados y los intereses de sus súbditos.

“Es la rama del derecho público que protege en el extranjero las relaciones económicas y comerciales de los Estados y los intereses de sus súbditos. Conjunto de normas jurídicas que regulan el establecimiento de las relaciones consulares de las oficinas consulares y el ejercicio de las funciones consulares. Conjunto de principios, normas usos y costumbres internacionales que regulan la institución consular en general y la actividad del agente consular en particular”.¹¹

¹⁰ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 719.

¹¹ Abrisqueta Martínez, Jaime. **El derecho consular internacional**. Pág. 316.



El derecho consular no sólo regula la institución sino también la actividad del cónsul; le señala a este último las normas a que se debe ajustar su actividad; le indica que como funcionario, aunque de alto rango, está sometido a una regulación precisa y que la discreción, propia del diplomático por su carácter político, está ausente o es mínima en el cónsul.

1.6. Fuentes del derecho consular

Se entiende por fuentes el origen de las normas consulares siguiendo una presentación contemporánea.

“En relación a las fuentes formales: las convenciones y tratados, los usos y costumbres internacionales, el derecho interno o legislación local, la doctrina. Algunos añaden la jurisprudencia y la doctrina pero como fuentes supletorias. Las fuentes reales, constituyen el tráfico internacional de personas, los asentamientos de extranjeros, el comercio internacional, la navegación internacional y otras de menor importancia”.¹²

Las fuentes formales son las convenciones y tratados, ya que el derecho consular jamás fue puesto en duda aunque se reconociera sólo de hecho; sin embargo, el rol del cónsul si fue sujeto de discusión, lo que fue resuelto inicialmente por medio de tratados de amistad, comercio y navegación, insertando en los mismos las funciones y prerrogativas consulares; esto sobre

¹² Bámaca Monterroso. *Op. Cit.* Pág. 12.



una base de bilateralidad y reciprocidad. Tomando en cuenta que el agente consular es un alto funcionario, que actúa en territorio ajeno y teniendo sus actos efectos en su propio territorio, de conformidad con sus propias leyes.

En la historia del derecho consular, el movimiento y asentamiento de extranjeros en un país diferente al de su origen permite la aparición del cónsul. Estas fuentes, propician el nacimiento de la institución del cónsul, por medio del tráfico internacional de personas, los asentamientos de extranjeros, el comercio y la navegación internacional, así como otras de menor importancia.

En la historia del Derecho Consular, el movimiento y asentamiento de extranjeros en un país diferente al de su origen, así como el comercio internacional, dan nacimiento, como se ha mencionado con anterioridad, a la institución del cónsul, figura importante en el tema del derecho consular.

1.7. Autonomía y naturaleza del derecho consular

En la actualidad se nota un avance hacia la independencia del derecho consular, pero conservando sin embargo, una dependencia general del derecho internacional público y privado. Pasará mucho tiempo antes que se pueda invocar verdaderamente una autonomía en favor del derecho consular. Su carácter y naturaleza es público porque el que actúa es el Estado o se actúa en su nombre; sin embargo, no puede negarse que el Estado también



puede actuar como particular, sometiéndose así a los principios del derecho privado.

Si se detiene en el rol que desempeña el cónsul, sí deviene del derecho público, ya que los actos de dicho cónsul son de carácter administrativo y éste es público; no debe sin embargo, descartarse que por su medio el Estado actué como particular en el campo del comercio especialmente, adquiriendo en tal circunstancia carácter del derecho privado.

“En la actualidad se nota un avance hacia la independencia del derecho consular, conservando, una dependencia general del derecho internacional público y privado, aunque no se puede invocar una verdadera autonomía a favor del derecho consular; ya que al igual que el derecho diplomático, el derecho consular goza solamente de una autonomía didáctica y científica”.¹³

Las funciones consulares, están indeterminadas tanto en el campo doctrinal como en el de las leyes y los tratados, lo que coloca a quienes las desempeñan en una situación anómala, lo que causa en la práctica entorpecimientos, incertidumbres y conflictos. La mayoría de autores sostiene que el carácter público del derecho consular es porque el que actúa es el Estado o bien actúa en su nombre; sin embargo, es innegable que el Estado también puede actuar como particular sometiéndose así a los principios del derecho privado; tomando en cuenta el rol de funcionario que desempeña el

¹³ Larios Ochaita, Carlos. **Derecho internacional privado**. Pág. 318.



agente consular, si deviene del derecho público, ya que los actos de dicho agente son de carácter administrativo y éste es público.

No puede descartarse que el Estado actúe como persona particular en el campo del comercio, adquiriendo en tal circunstancia, carácter de derecho privado.

La institución consular nace de la necesidad de proteger a los comerciantes y navegantes en países extranjeros y precede a la aparición de la diplomacia permanente.

Los entes consulares venían a ser una suerte de jueces mercantiles, los que desempeñaban una jurisdicción que incluso abarcaba aspectos civiles y penales.

Tenían una cierta importancia en la gestión de asuntos de política internacional, así como durante la formación del Estado el consulado se convierte en un órgano suyo para actuar en su nombre frente a sus propios nacionales y a las autoridades del Estado huésped.

Con el tiempo, se empieza a recuperar el consulado como un medio útil para el desarrollo de las relaciones internacionales, lo que ha resultado vertiginoso y estable hasta la actualidad, donde han tomado vital importancia ante el incremento de los procesos de movilidad internacional de la población, que al



ser impactados por el fenómeno de la globalización y al modificar sus características, causas y consecuencias en las sociedades de origen y de destino.

La actividad de los entes consulares, ha repercutido notablemente en esferas representativas de intereses estatales como la economía, la salud, el empleo, la seguridad de las fronteras y las relaciones internacionales y cuando los Estados que regulan los movimientos internacionales de población a partir de leyes que implementan las políticas migratorias y de extranjería, recrean escenarios desfavorables para los derechos de los inmigrantes y otras categorías de extranjeros y afectan bienes jurídicos imprescindibles para el desarrollo material y espiritual de los no nacionales en las sociedades de acogida.



CAPÍTULO II

2. La migración como elemento principal de la detención de connacionales guatemaltecos en el extranjero

“Migrante es aquella persona que se encuentra fuera del territorio del Estado de su nacionalidad o ciudadanía y no cuenta con protección jurídica en el territorio de otro Estado. No disfruta del reconocimiento jurídico general de derechos propios al otorgamiento de la condición de naturalizado, refugiado o residente”.¹⁴

El fenómeno migratorio es tan antiguo como el hombre. A lo largo de la historia, las migraciones han actuado como fuente impulsora del progreso del ser humano en las sociedades y como una fuerza positiva tanto para los individuos como para civilizaciones.

Los migrantes guatemaltecos se encuentran radicados en México y los Estados Unidos de América, han venido realizando diversas demandas dirigidas a las autoridades de Guatemala, con la finalidad de que los ciudadanos guatemaltecos, sean tomados en cuenta en las relaciones de orden diplomático que mantiene el Estado de Guatemala con los Estados Unidos de América.

¹⁴ Cabanellas. *Op. Cit.* Pág. 362.



El resultado de dichas prácticas de interrelación entre los gobiernos de los dos Estados, se llegue a acuerdos políticos y a tomar acciones encaminadas a la resolución efectiva y pronta de los problemas más ingentes que dicha población enfrente, y que en la mayoría de las ocasiones se encuentra radicada de manera ilegal.

Buscan facilidades para poder resolver rápidamente su situación migratoria, para así ayudarse a contar con el acceso a los servicios sociales que merecen, debido a que en la mayoría de las ocasiones se encuentran radicados de manera ilegal.

Requieren que el Estado de Guatemala, México y Estados Unidos de América definan acciones claras y encaminadas hacia la reducción de los costos para enviar remesas familiares.

Demandan que las autoridades del Estado guatemalteco promuevan reformas legales, para poder de dicha manera ser ciudadanos con el derecho a poder elegir y que exista representación de la población guatemalteca migrante en las estructuras de gobierno y en la institucionalidad política.

2.1. El fenómeno migratorio

Dentro de la época contemporánea, las migraciones han sido el producto de la urbanización y de la revolución agrícola. También al mismo tiempo, las



migraciones contemporáneas, son a su vez, el resultado de la falta de respeto a los derechos humanos, a la pobreza y a las guerras.

La expresión general de migrante no se encuentra actualmente especificada en el derecho y en la política internacional, es necesario el establecimiento de una definición que permita el reconocimiento, para así prestar la debida atención a situaciones en las que los derechos humanos de los mismos sean protegidos de manera adecuada mediante un marco legal, político o socialmente establecido.

Dentro del derecho internacional no existe ningún concepto jurídico general relacionado con el migrante. Por lo general la mayoría los migrantes internacionales no son refugiados y que un buen número de los mismos tampoco son trabajadores migratorios.

Dentro del contexto anteriormente anotado existe un vacío legal en lo que respecta a la jurisprudencia internacional, que no determina claramente la situación del migrante.

En la actualidad no existe un reconocimiento igual al anotado en lo relacionado a los derechos económicos, culturales y económicos, los cuales pueden también ser graves y que obliguen a los sujetos a alejarse de los lugares a los cuales son originarios como de hecho ocurre con la mayoría de los migrantes.



“Los migrantes cuentan con determinadas características y es bien importante tomar en cuenta la existencia o no de las distintas formas de protección social, política y jurídica de los derechos de los mismos. En virtud de ello, se señalan las siguientes características, siendo las mismas:

- Los migrantes se encuentran fuera del territorio del Estado de su ciudadanía y no cuentan con protección jurídica.
- Los sujetos migrantes se encuentran en el territorio de otro Estado.
- Los migrantes no gozan del reconocimiento jurídico general de derechos propios al otorgamiento de la condición de residente permanente, de refugiado, de naturalizado o bien de otra análoga por parte del Estado de acogida.
- No disfrutan de protección jurídica general de sus derechos fundamentales de conformidad a acuerdos visados o diplomáticos”.¹⁵

Tanto la violencia física como otras violaciones de derechos, son cometidos con bastante frecuencia en contra de personas de color, o bien por su aspecto físico, acento o religión distinto de las mayorías en el país en los cuales son acogidos; donde existe una total independencia de cuál sea su situación jurídica.

¹⁵ Irigoyen Kaufman, Miguel. **Garantía del debido proceso al extranjero**. Pág. 78.



El régimen universal correspondiente a la protección de los refugiados permite el reconocimiento y remedio para las violaciones de los derechos políticos y civiles, sobre todo cuando existe una amenaza a la vida y a la seguridad de las personas de manera que las mismas se sientan con la obligación de tener que retirarse de su país.

2.2. La discriminación de los guatemaltecos en el extranjero

La discriminación afecta muy particularmente a las mujeres migrantes que pertenecen a minorías y que, en el momento de ser interpeladas y detenidas en el curso de su desplazamiento o bien en los lugares de destino, son sujetas a violencia sexual.

De manera independiente a quien ejerza dicha violencia, la discriminación aumenta a medida de que la población no cuenta con los recursos suficientes que se pongan a disposición por parte de los Estados.

Distintos son los motivos por los cuales ocurren los actos de violencia en contra de la mujer tanto en el espacio doméstico como también en la comunidad y por parte de las instituciones de los Estados.

Es de vital importancia que se diagnostique con la mayor precisión posible en qué consisten los actos relacionados con el racismo. Dicha labor puede llevarse a cabo de manera eficaz, con la ayuda del Comité para la Eliminación



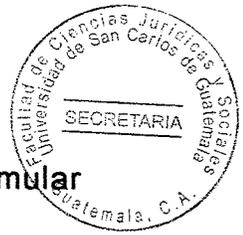
de la Discriminación Racial, determinando un inventario de las formas concretas que el racismo adopta en la sociedad, definiendo para ello las características de las víctimas y de las diversas organizaciones promotoras del racismo, así como también evaluando a su vez la reacción de la opinión pública.

Debe realizarse un análisis y examen de las nuevas formas del racismo y de la xenofobia, así como también de las dificultades que las víctimas tienen. El fenómeno de la migración ha generado un mayor número de migrantes en la sociedad guatemalteca.

“Acción y efecto de discriminar, de separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros”.¹⁶

La discriminación se define como toda exclusión, distinción, restricción o preferencia que se basa en motivaciones relacionadas con la raza, linaje, color, o cualquier origen ya sea étnico o nacional que por objeto tenga la anulación del reconocimiento, ejercicio o goce en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los ámbitos social, político, cultural y económico. Para que exista una protección plena en beneficio de los migrantes e impedir que continúen violaciones en contra de los mismos, es importante recibir y solicitar información de todas las fuentes

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 129.



pertinentes, incluyendo a los mismos migrantes, así como también formular recomendaciones apropiadas para impedir violaciones a los derechos humanos de los migrantes y darles una solución pronta y cumplida en Guatemala.

La discriminación racial constituye un tema de discusión doctrinal, con las inevitables derivaciones de orden práctico, en países en los cuales conviven semitas y antisemitas, católicos y protestantes, razas blanca y negra o bien otros sectores sacudidos por antagonismos irascibles.

2.3. El sueño americano del migrante guatemalteco

El trabajador migratorio es toda persona que lleva a cabo o bien quien va a realizar una actividad remunerada a cambio de la prestación de sus servicios en un Estado del cual no es nacional.

También son de vital importancia los derechos humanos de los migrantes indocumentados y de los derechos de las víctimas del tráfico, independientemente a la situación laboral en la cual se encuentren.

Nuestra legislación laboral vigente en Guatemala define al trabajador en el Artículo número 3 de la siguiente manera: "Trabajador es toda persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato o relación de trabajo".



Trabajador es quien realiza una labor socialmente útil, laborioso o aplicado al trabajo. Todo el que cumple un esfuerzo físico o intelectual, con objeto de satisfacer una necesidad económicamente útil.

Son motivo de preocupación también los derechos de todos aquellos trabajadores migrantes objeto de discriminación y a quienes sus derechos les han sido denegados.

Esas personas se encuentran desamparadas social, jurídica y políticamente, en aquellos lugares en los cuales habitan o por los cuales transitan, incluyendo dentro de los mismos a aquellos migrantes internos que son víctimas de violencia, o de conflicto armado, de desastres de la naturaleza o de inviabilidad económica, política y cultural, que se desplazan ya sea fuera o dentro de su país, y que.

Se denominan desplazados en tránsito, dicha categoría de migrantes se encuentra también sin protección jurídica alguna; una vez que los mismos cruzan una frontera internacional.

Todo ciudadano guatemalteco debe contar con la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, intimidación o amenaza por parte de particulares o de funcionarios públicos, grupos o instituciones. La violencia en contra de la mujer abarca la violencia sexual, física y psicológica que se produce en la familia, incluyendo los malos tratos, el abuso sexual de las



niñas en el hogar, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia que se realicen por parte de otros miembros de la familia y la violencia que se relaciona con las distintas formas de explotación.

“Factores tales como el aislamiento respecto de su propia comunidad y familia, el racismo y el clasismo aún más las condiciones de vida de las mujeres han dado lugar a una violencia generalizada en contra de las mismas en Guatemala”.¹⁷

En la actualidad las mujeres hacen frente a los obstáculos que dificultan su total progreso e igualdad debido a factores como lo son la edad, raza, idioma, cultura, origen étnico, discapacidad o religión, debido a pertenecer a poblaciones indígenas.

“Los actos que atentan contra los derechos de la mujer y que constituyen formas de persecución en base al género, son también cometidos por traficantes, coyotes y patronos, tanto en el caso de estos agentes privados como en el caso de funcionarios de diversas corporaciones y de autoridades. Las implicaciones de llevar a cabo una denuncia son más severas en la medida que los migrantes son mujeres, no hablantes de la lengua de la

¹⁷ López Blanco, Myriam Elena. **Los derechos de los extranjeros**. Pág. 46.



autoridad competente y carentes de los documentos necesarios, como a menudo sucede”.¹⁸

Existen también otras barreras en la situación de aquellas mujeres refugiadas y desplazadas, y de las mujeres inmigrantes y migrantes, incluyendo dentro de las mismas a las trabajadoras migrantes.

La mayoría de las mismas se encuentran, además, particularmente lesionadas por enfermedades infecciosas y graves, y distintas maneras de violencia en contra de la mujer.

2.4. La barrera lingüística para denunciar abusos contra el migrante

Es una realidad que los migrantes viajan al extranjero con su núcleo familiar, por lo que también a los niños y niñas migrantes se les afecta por discriminación, violencia sexual en lugares de detención y la omisión de recursos disponibles como forma de discriminación.

Algunos de los motivos por los cuales el tipo de violación anotada no es denunciada, son por temor y por la falta de recursos para reportarlas. Es también de importancia anotar que la falta de registro es total para el diseño de las políticas para la protección de los derechos humanos de las mujeres

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 55.



migrantes, siendo dichas limitantes prevalecientes para el caso de migrantes y de niños adultos cuyos derechos no se han respetado.

Entre los aspectos que dificultan denunciar los abusos y la discriminación en contra de los migrantes, se encuentra el aislamiento lingüístico de los mismos, por lo menos en Estados Unidos de Norte América. En el momento de su interpelación y de su detención no les permite comunicarse con las autoridades competentes, ya que la idea de lo que les ha ocurrido es inevitable, así como también el desconocimiento de los derechos con los cuales cuentan, es un factor completamente definitivo.

Al no contar con los recursos económicos suficientes que permitan una posible denuncia, los actos de violencia y de discriminación pueden quedar impunes y la posibilidad de reparación, hasta donde la misma sea posible, es cancelada. La situación social de las personas que pueden ser víctimas de actos de discriminación permite la existencia de que los poderes públicos emprendan una labor de sensibilización e información sobre la existencia y eficacia de los mecanismos de recursos, cuya utilización debe ser sencilla y entendible para el migrante.

2.5. Los derechos humanos del migrante

Entre los principales obstáculos para solucionar las violaciones que en la actualidad se cometen en contra de los derechos humanos de los migrantes



es consistente en la falta de información relativa al lugar y características de la migración. Dicho subregistro es aún mayor cuando las migrantes son marginadas y cuentan con menos poder.

En el caso de las mujeres migrantes, y muy particularmente el de aquellas provenientes de minorías lingüísticas, sean o no nacionales, es uno de los casos más extremos de dicho subregistro y que requiere de la existencia de medidas de seguridad de urgencia.

Las migrantes se encuentran mayoritariamente expuestas en relación a los hombres al trabajo forzado, a ser explotados sexualmente, a la prostitución forzada y a otras maneras de violencia existentes y cuentan con una mayor probabilidad de tener que aceptar condiciones laborales bastante precarias y con salarios bastante inferiores a los merecidos, y en la mayoría de las ocasiones por debajo del mínimo legal.

Por lo general, las mujeres se encuentran expuestas a peligros de salud graves, sobre todo en lo relativo a trabajos realizados en fábricas de maquila; y en trabajos insalubres, los cuales carecen de información para poder en determinados casos combatir enfermedades sexualmente transmisibles.

Cada día es más evidente que la migración cuenta con una especificidad de género, y hoy en día la mayoría de reglamentos migratorios y de políticas existentes no la toman en cuenta.



Los países no se preocupan por la determinación de los mecanismos cooperativos y las medidas necesarias para la determinación de los derechos humanos y la dignidad de las trabajadoras migrantes y para combatir el tráfico tanto de mujeres como de niñas.

Las trabajadoras migrantes deben gozar con iguales derechos y beneficios con los cuales cuentan las trabajadoras nacionales y los gobiernos deben acatar las obligaciones que provienen de la legislación internacional para la creación de mecanismos necesarios que se encarguen de prevenir las violaciones de sus derechos humanos.

La existencia de una protección jurídica no adecuada, en combinación a una serie de diversos factores sociales, económicos e institucionales adversos, son los obstáculos que no permiten que los derechos humanos de los inmigrantes sean respetados.

De conformidad con los acuerdos internacionales de los derechos humanos, así como también la mayoría de las legislaciones nacionales, los ciudadanos cuentan con determinados derechos humanos fundamentales, pero, realmente en la práctica, muchos no gozan de los mismos.

La verdadera situación de los inmigrantes, o de quienes no son ciudadanos, dentro del país que los recibe es bien distinta, debido a que sus derechos no son plenamente reconocidos legalmente.

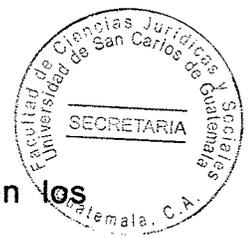


Existe un cuerpo legal de normas internacionales de los derechos humanos de aplicabilidad a todos los seres humanos, y en donde existen cláusulas de los instrumentos internacionales primordiales que deberían ser inderogables más allá de los motivos y circunstancias existentes y sin tomar en cuenta características del individuo.

Entre los derechos humanos fundamentales se incluyen los siguientes: derecho a la vida, a la prohibición de la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante, así como también los castigos, la prohibición de la esclavitud y el trabajo obligatorio, la prohibición de aplicar penas por delitos en forma retroactiva.

El derecho de cada ser humano de ser reconocido como persona ante la ley, el derecho al libre pensamiento, religión y conciencia, que en el extranjero no le es reconocido.

Pero cuando se trata de inmigrantes, o bien de no ciudadanos, surgen una serie de ambigüedades, limitaciones y lagunas en relación a los instrumentos creados para la protección de los derechos, por lo cual se dificulta intensamente el debido reconocimiento de los mismos, y consecuentemente, el acceso que a ellos se pueda tener, se dificulta su ejecución, reconocimiento y respeto a pesar de que el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos garantiza determinados derechos fundamentales dirigidos a los que no son ciudadanos.



Se encarga de cubrir las distintas situaciones específicas que tienen los inmigrantes que enfrentar. La debida protección contra la discriminación tanto étnica como racial es bien importante para los inmigrantes.

“La pregunta de si existe un cuerpo de derecho tan fundamental que deba ser respetado por todos los individuos y estados ha sido tema de debate jurídico y de desacuerdos durante años”.¹⁹

A pesar de que la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de mil novecientos noventa, definió claramente y extendió de manera explícita los derechos humanos básicos y fundamentales a todos los trabajadores inmigrantes y sus familiares, respondiendo de dicha manera, a las carencias anteriormente anotadas.

Las limitantes de dicha Convención, solamente ha sido ratificada a través de veinticinco países y entró en vigencia en julio del año dos mil tres y determina que no abarca a varios grupos de inmigrantes al no incluir a los refugiados, inversores, apátridas, estudiantes y becarios, navegantes y trabajadores en instalaciones offshore.

“Un instrumento internacional bastante importante para los refugiados es la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sobre el

¹⁹ Monzón Blanco, Ana Silvia. **Introducción al derecho de asistencia**. Pág. 33.



Estatuto de los Refugiados de 1951. Pero el documento también tiene lagunas y ambigüedades, y no brinda protección adecuada a los refugiados, junto con muchos otros que se encuentran en condiciones similares como quienes son víctimas de migración forzada resultante de conflictos civiles, guerras, violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos y de las minorías, perturbación del orden público y desastres naturales o provocados por humanos”.²⁰

La inexistencia de adecuación así como de las ambigüedades del derecho internacional no es el único problema de la migración. El hecho de que diversos países no hayan todavía ratificado los instrumentos internacionales principales de los derechos humanos, o por lo menos aquellos aplicables de manera específica a los trabajadores inmigrantes.

Es un obstáculo que no permite que los afectados puedan gozar plenamente de sus derechos. En distintas ocasiones, las legislaciones nacionales no han respetado lo establecido en los instrumentos internacionales.

Cuando los derechos humanos ratifican totalmente los instrumentos y las legislaciones nacionales responden a normas internacionales, esto no es suficiente, ya que las mismas no se cumplen ni dan cobertura total y de manera efectiva.

²⁰ **Ibíd.** Pág. 34.



Las cláusulas de protección de los derechos humanos de aquellos que no son ciudadanos no siempre se respetan como debería de ser, ni tampoco son tomados en cuenta por los mecanismos internacionales de seguimiento debido a fallas existentes tanto a nivel operativo como institucional.

La no ratificación y el incumplimiento de las normas existentes relacionadas con los derechos humanos son graves. Existe dicotomía creciente entre la expresión de la inquietud que los derechos humanos de los inmigrantes en cada país en lo que respecta a nivel tanto nacional como internacional y su auténtico deseo y posibilidades de lograr resultados efectivos.

Lo anterior es generador de un ambiente de tensión bastante constante entre el derecho internacional y las normas nacionales; cuyo objetivo primordial es la promoción y protección de los ciudadanos.

La vulnerabilidad de los inmigrantes a la violación de los derechos humanos no se debe exclusivamente a la situación de que la protección jurídica no es la adecuada. También se encuentra en una relación bien estrecha con una serie de factores económicos, institucionales y sociales adversos que no permiten el total goce de dichos derechos.

Dicha vulnerabilidad puede ser exógena o bien endógena, pero ambas suelen tener interacción entre sí. También entre los migrantes se genera una sensación de inferioridad y de inseguridad, quedando los mismos libres de su



capacidad grupal o individual de luchar por el debido reconocimiento y ejercicio de sus derechos humanos.



CAPÍTULO III

3. La agenda política exterior de Guatemala

El gobierno guatemalteco, únicamente se ha dedicado a regular los aspectos relacionados al favorecimiento de los negocios, dejando que continué la legislación de los regímenes militares con el objetivo de garantizar la seguridad de la nación.

“Guatemala le asigna a México como país fronterizo y paso para los Estados Unidos de Norte América, dentro de las estrategias de política exterior hacia estos países, existe una relevancia económica que tienen los migrantes que se encuentran radicados en estos Estados, más en Estados Unidos, debido a que las remesas familiares que los mismos envían se han convertido en un bastión de la economía guatemalteca”.²¹

Luego de la firma de los Acuerdos de paz, la búsqueda de una hegemonía burguesa del Estado, se expresa mediante la determinación de controles para quienes tienen el poder público.

Una legislación migratoria de finales del siglo veinte, tiene una influencia bien limitada en lo que respecta a la incorporación de extranjeros al país. Se puede determinar que los migrantes no pueden ser dejados a un lado por las

²¹ *Ibíd.* Pág. 38.



autoridades gubernamentales, y debido a ello es fundamental el establecimiento de estrategias, políticas y acciones emprendidas por el Gobierno en torno a la población migrante del Estado guatemalteco, debido a que allí vive un importante número de guatemaltecos.

3.1. La regulación de la migración guatemalteca

La Ley de Migración, Decreto 95-98 del Congreso de la República de Guatemala cuenta con deficiencias de orden técnico, sin que exista una discusión para con ella poder remediar los defectos con los cuales cuenta, así como también la norma anotada esconde los intereses de los funcionarios que tratan con los extranjeros.

El complemento de la norma anotada es el Reglamento de la Ley de Migración, Acuerdo Gubernativo número 529-99 del Presidente de la República guatemalteca, de fecha 20 de julio del año 1999.

La improvisación de la misma es bien clara debido a que el 28 de septiembre del mismo año, se llevaron a cabo reformar a dicho reglamento a través del Acuerdo Gubernativo número 732-99 del Presidente de la República de Guatemala.

Las consideraciones de la norma en mención comienzan con un despropósito, debido a que dan a conocer que con la misma se busca la protección de la



persona y de la familia para poder mantener la paz y la libertad. Después señala que los procesos en el mundo nos obligan a la unificación y a la modernización de los procedimientos legales en materia de orden migratorio. Dicha normativa afirma que el desarrollo de Guatemala, junto a la transformación de las diversas sociedades del mundo, hace obsoleta la Ley de Migración vigente en nuestra sociedad guatemalteca.

Se debe contar con un cuerpo de normas reguladoras de todo lo que se relacione con el movimiento y el debido control migratorio, estableciendo a la vez las infracciones, los requisitos, delitos y sanciones y penas correspondientes a los sujetos nacionales y extranjeros que las violen en beneficio de terceras personas y no del Estado como ente rector para alcanzar la armonía y paz en Guatemala.

El ámbito de aplicación de la Ley de Migración vigente, en el Artículo uno se determina que la ley tiene como objetivo el garantizar un ordenamiento migratorio eficaz, regulando para el efecto la entrada y salida tanto de nacionales como de extranjeros del territorio nacional, así como también la permanencia en el país de los últimos.

El Artículo tres del cuerpo normativo citado, preceptúa que el Ministerio de Gobernación es el encargado de todos los asuntos relacionados en materia migratoria para ejercer las funciones mediante la Dirección General de Migración.



En relación al asilo y al refugio, el Ministerio de Relaciones Exteriores es la autoridad encargada de tomar las decisiones pertinentes, según lo regula el Artículo 23 de la Ley de Migración vigente. Dicha norma no regula la autoridad que otorga el estatuto de refugiado, y consecuentemente, dentro del Reglamento de la misma se incluye en el Artículo número 33 que será el Ministerio de Relaciones Exteriores para la regulación de la situación de los asilados, apátridas y de los refugiados.

Los extranjeros que cuenten con residencia ya sea temporal o bien permanente y que deseen laborar en relación de dependencia son autorizados a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, y cuando dicho Ministerio no sea suficiente, también el Ministerio de Finanzas debe ser debidamente informado de cualquier salida de residente pensionado o bien de rentista.

Cualquier autorización, avisos, tarjetas y sellos que deben realizar los migrantes, tiene como objetivo único el provocar que los ciudadanos omitan uno de los mismos para ser sujetos de una exacción de ilegalidad.

La ley de migración vigente, es un documento normativo elaborado con precipitación, ya que los legisladores al momento de redactarla, no utilizaron técnicas legislativas acordes, que permitieran ajustar los supuestos normativos a la realidad guatemalteca, no siendo positiva la protección de las personas que viajan al extranjero en busca de un futuro mejor o bien



simplemente realizan un viaje por negocios o familiar y en caso de un problema legal no cuentan con la asistencia consular.

3.2. Compromisos estatales en favor de los migrantes

“Por el interés de los gobiernos centroamericanos en que exista una unificación, se crearon organismos encargados de velar por el efectivo cumplimiento de los acuerdos.

Entre los organismos encargados se puede anotar la Secretaría de Integración Centroamericana (SICA), la cual durante el año 1990 se encargó de llevar a cabo una convocatoria a los Directores de Migración en Centroamérica a que se reunieran con la única finalidad de darle cumplimiento a las instrucciones que fueron emitidas por los Presidentes del Istmo mediante el Plan de Acción Económica de Centroamérica (PAECA); para así poder coordinar las medidas necesarias que faciliten el transporte centroamericano de mercancías y de sujetos”.²²

La mayor parte de migrantes se desplazan dentro de su mismo país. Otro buen número es el de quienes atraviesan las fronteras nacionales dentro del mundo del desarrollo, y otra parte de los mismos tienen como destino los países desarrollados.

²² Anderson Asturias, Carmen. **La asistencia consular**. Pág. 31.



Muchos de los migrantes actuales no entran al país legalmente, o bien cuentan con rasgos raciales, o bien religiosos y étnicos que los hacen distintos de las sociedades de acogida. Dicha percepción ha generado un fuerte debate político y a peticiones de los cambios relacionados con las políticas migratorias, en favor de migrantes centroamericanos.

“El resultado de la reunión de los Directores de Migración fue el de constituir una organización de carácter regional competente en el campo del derecho migratorio regional y se le llamó Organización Centroamericana de Migraciones (OCAM); el cual se puede definir como un órgano que cuenta con carácter de permanencia y el cual es debidamente instituido por los Directores de Migración de cada país de Centroamérica”.²³

El propósito fundamental de la Organización Centroamericana de Migraciones es el de adoptar decisiones y acciones de carácter regional, que se orienten a perfeccionar los sistemas migratorios en la región centroamericana y facilitar el tránsito de nacionales entre los diversos países para contribuir al proceso de integración territorial de Centroamérica.

3.3. Política exterior del migrante radicado en el extranjero

Al entender la política exterior como las estrategias políticas, acciones diplomáticas, alianzas con otros Estados y con el adecuado manejo de los

²³ **Ibíd.** Pág. 58.



diversos factores sociales, económicos, culturales y geográficos que permiten al migrante alcanzar los objetivos estratégicos trazados para un período determinado.

La elaboración de la misma se encuentra en un cambio constante y no por improvisación, sino que debido a la importancia de adecuarla a los cambios que se encargan de la determinación de los períodos históricos y así prepararse para la implementación y modificación de las nuevas políticas exteriores. El Estado guatemalteco se ha ido adecuando, con bastantes limitaciones, debido a las demandas del entorno internacional y de que se cumpla con el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos del migrante y al derecho internacional.

“Desde los comienzos del año 1980, pero muy especialmente a finales de la década correspondiente a 1990, el Gobierno se ha encargado de definir como dos enormes objetivos de su política exterior son favorecedores del desarrollo económico y de la consolidación de la democracia, para lo que se ha favorecido y priorizado las relaciones económicas externas, ello con el único objetivo del aseguramiento al acceso de los mercados, de la captación de la tecnología y lograr alcanzar inversión extranjera para la modernización del país”.²⁴

²⁴ González Vidosa, Ely Manuel. **Los extranjeros**. Pág. 14.



Guatemala ha afianzando su imagen de país respetuoso de los procedimientos legales para el traspaso de poder, aun cuando cuenta con tropiezos como el golpe de Estado ocurrido durante el año 1993 en nuestra sociedad guatemalteca.

“La política exterior es una estrategia o programa planeado de actividad, desarrollado por los creadores de decisiones de un Estado frente a otros estados o entidades internacionales, y encaminado a alcanzar metas definidas en términos de los intereses nacionales”.²⁵

Una política exterior es la que comprende un proceso dinámico de aplicar las interpretaciones que son relativamente fijas de los intereses de la nación, a los factores de situación del medio internacional que sufre grandes fluctuaciones, para el desarrollo de un programa de actividades, que se encuentre seguido de intentos para alcanzar la aplicación diplomática de las pautas políticas.

“De la forma anteriormente anotada, la nueva política exterior de Guatemala, desde la década correspondiente a 1990, al haberse definido desde esa fecha los principales objetivos de orden nacional dentro del desarrollo económico para la consolidación democrática, se han también definido metas y objetivos específicos, como lo es la participación de Tratados de Libre Comercio, con la

²⁵ *Ibíd.* Pág. 15.



apertura de nuevos mercados, con el fomento de la exportación de productos no tradicionales y con el turismo.”²⁶

Los objetivos anotados en el párrafo anterior del presente trabajo de tesis han sido trazados a partir del conocimiento de los diversos factores determinantes dentro del sistema internacional, para de dicha forma poder analizar las capacidades y también las limitaciones del Estado para alcanzar los resultados deseados consistentes en brindar la debida protección jurídica al migrante.

La definición de la política exterior guatemalteca, ha avanzado significativamente desde la completa marginación existente de los migrantes en la agenda de objetivos de orden nacional, hasta tomarles en cuenta en sus prioridades fundamentales dentro de la toma de acciones orientadas hacia los Estados Unidos de América.

Debido a lo anteriormente anotado se ha comenzado a tomar en cuenta los derechos de los migrantes, ampliando los servicios consulares de los mismos, para que cuenten con un mejor acceso a la autoridad estatal, al extremo que se han creado los denominados consulados móviles, en los cuales se les otorga información relacionada a sus derechos fundamentales y de las distintas formas en las cuales se pueden defender, así como también fomentar las acciones que mantengan con vida sus raíces guatemaltecas.

²⁶ Bámaca Monterroso, Javier. **Derecho a la asistencia consular**. Pág. 12.



También, se ha promovido el apoyo de programas, con el apoyo financiero de empresarios tanto guatemaltecos como extranjeros, y de manera muy especial a los denominados no tradicionales, para de esa manera lograr afianzar las relaciones tanto culturales como económicas existentes, para también aprovechar adecuadamente los diversos vínculos de carácter económico que los migrantes han logrado desarrollar.

A nivel internacional, es de importancia que la comunidad internacional lleve a cabo las acciones como lo es la promoción de la competencia del Comité para la intervención en los casos de que existan denuncias por parte de mujeres, de grupos o de mujeres migrantes.

Se debe dar a conocer y estudiar profundamente la conceptualización del migrante dentro de los instrumentos internacionales para así poder incluir al mayor número posible de categorías, incluyéndose a los desplazados en tránsito.

Es una necesidad que se realizan acciones para un claro conocimiento de la promoción de la cooperación técnica con los Estados interesados en la incorporación de la perspectiva contenida en las recomendaciones generales. Los gobiernos que se encuentran ligados debido a encontrarse bajo el mismo fenómeno migratorio lleven a cabo consultas periódicas con otros gobiernos en donde se incluya la consideración relacionada con los derechos humanos.



Los Estados centroamericanos, deben promover las recomendaciones y resoluciones, las instancias del sistema de las Naciones Unidas que cuentan con la competencia anotada, ventilen criterios que se basen en una concepción encargada de los aspectos positivos de las migraciones y de manera muy particular la facultad de los mismos migrantes de lograr encontrar los remedios necesarios para posteriormente prevenir de manera efectiva las violaciones de sus derechos humanos.

Debe existir un diálogo directo entre los migrantes, sus organizaciones y los gobiernos de Estados de origen, de destino y de tránsito, con la finalidad exclusiva de la traducción de la ratificación de los instrumentos internacionales a la legislación guatemalteca y a políticas y medidas de carácter administrativo.

“Al buscar medidas que permitan el apoyo de los migrantes, sin menoscabo de la soberanía de los Estados y de las reservas que en materia de derechos de migrantes se refieren a la diferencia entre nacionales y extranjeros.

Buscan tomar en cuenta a las organizaciones del sistema, incluyendo a la Organización Internacional de Trabajo (OIT), así como también a otras organizaciones como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en el combate al subregistro en relación a las circunstancias en las cuales los sujetos migran y muy especialmente a aquellos víctimas de violencia.



Instar a los diversos órganos creados en virtud de tratados, y **muy** especialmente a la entidad denominada Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”.²⁷

Es una lucha constante, el convencer a los diversos Estados para que traduzcan la adopción de normas de carácter internacional a medidas de orden administrativo, previendo la debida sensibilización y capacitación de funcionarios de frontera.

“Los recursos prioritarios con que cuenta Guatemala implican que deben concentrarlos en los temas realmente prioritarios. Así, la acción política del Ministerio de Relaciones Exteriores debiera ajustarse para cumplir con ambas orientaciones, concentrando la mayor parte de sus recursos humanos en lograrlo. Implicaría una participación activa, con recursos humanos altamente calificados, en foros regionales e internacionales, y una fusión entre la acción política internacional y la defensa y la promoción de los intereses económicos nacionales”.²⁸

El poner en práctica lo anteriormente anotado, requiere de la reorientación del uso de los recursos por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que posteriormente en la práctica se vaya haciendo mayoritariamente efectiva

²⁷ González Vidosa, **Op. Cit.** Pág. 61.

²⁸ **Ibíd.** Pág. 63.



la prioridad del tema económico y del multilateralismo, al mismo tiempo que se han fortalecido las coordinaciones y las comunicaciones entre los ministerios y el resto de órganos estatales que se encuentren vinculados con el tema económico.

También, se requiere de cambios organizativos de consideración, y muy especialmente a través de la implementación de una gestión que sea ágil y abierta relativa a la información para lo cual el Estado guatemalteco ha logrado contar con un importante apoyo que le brinda a nuestro país la cooperación internacional.

Los entes consulares, constituyen una institución jurídica internacional que consiste en el establecimiento de un órgano de la administración pública del Estado u oficina consular, específico para su actividad en el exterior, en el territorio de otro, por acuerdo de ambos, con el objeto principal de asistir y proteger a sus nacionales y posibilitarles, en la medida de lo permitido por el derecho internacional y el Estado de residencia, que permite proteger derechos de conciudadanos en otros países.

Como garantía de los derechos humanos, los cónsules también presentan reclamaciones por las violaciones cometidas a partir del Derecho Internacional contra los ciudadanos del Estado al que representan, pero estas se presentan por el propio cónsul ante el ente público que cometió la violación.



La protección consular es preceptiva en virtud de lo esbozado en la Convención de Viena de 1963, en los cuales se establece la obligación de los cónsules de prestar asistencia inmediata a sus nacionales y de realizar los esfuerzos necesarios para asegurar la protección de los intereses de las personas migrantes provenientes de sus países; para lo que es requisito sine qua non, poseer la ciudadanía del estado del cónsul que exhibe la reclamación.

En procesos de rupturas diplomáticas entre determinados países o en situaciones excepcionales, son los cónsules los encargados del tratamiento a sus nacionales; aunque se han cometido violaciones a la asistencia consular por determinados Estados, la jurisprudencia internacional recientemente se ha encargado de ratificar la importancia de ella en sentencias y opiniones consultivas.



CAPÍTULO IV

4. La importancia de la asistencia consular para las personas detenidas en el extranjero para garantizar el debido proceso

“Las funciones consulares, son el conjunto de actividades que ejercen los miembros de una misión consular, quienes representan a un Estado pues han sido enviados como mandatarios de su Gobierno, para hacer valer los derechos, proteger sus intereses, expresar la voluntad, los deseos, y las preocupaciones del Estado acreditante ante el Estado receptor”.²⁹

En términos generales se puede señalar como fundamento de la función consular su carácter representativo, pues el enviado actúa como mandatario de su Gobierno tratando de hacer valer sus derechos y proteger sus intereses. A ello se debe en que cada asunto y en todo momento procure los mayores beneficios para su patria.

4.1. La actividad consular

Las actividades que desempeñan los cónsules pueden relacionarse como la de proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional.

²⁹ Bámaca Monterroso. *Op. Cit.* Pág. 12.



Fomenta el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor y promover además las relaciones amistosas entre los mismos. Informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas.

Extiende pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentados adecuados a las personas que deseen viajar al Estado en que se encuentre el cónsul.

Prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, pero en la actualidad, es poco lo que se puede hacer a favor del migrante guatemalteco en México y los Estados Unidos de Norte América.

4.2. El agente consular

El término de agente consular incluye al jefe de la misión consular y a todo funcionario de este tipo, encargado de llevar a cabo funciones consulares, por consiguiente es un término amplio.

Con respecto a esto, es quien preside y es el jefe de la misión consular y es la persona más importante de la misma.



“El agente consular, es un alto funcionario de Estado que actúa en territorio de otro mismo, con previo consentimiento de éste, ejerciendo en lo que respecta al tráfico comercial y a las transacciones privadas con su país, así como a sus nacionales, domiciliados, residentes o transeúntes, actos administrativos que surten efectos en el mismo.”³⁰

A este respecto la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en el Artículo 1, establece como definición de jefe de oficina consular, la persona encargada de desempeñar tal función.

Por su categoría De conformidad con el Artículo 9 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, las categorías de jefes de misión son, en su orden Cónsules generales, quienes son los jefes del servicio consular de su nación en el país en que residen.

“Por su origen o nacionalidad los jefes de misión consular pueden ser de carrera se le llaman también Missi por ser enviados y los mismos son profesionales que han hecho una carrera de dicha función. Además, es necesario hacer notar que es el Jefe de Misión”.³¹

Representan a las personas autorizadas en una población de un Estado extranjero para proteger a las personas e intereses de los individuos de la nación que lo nombra.

³⁰ Anderson Asturias. **Op. Cit.** Pág. 51.

³¹ Acosta Vargas. **Op. Cit.** Pág. 87.



Los Estados, pueden adoptar denominación diferente para aquellos agentes consulares que no sean jefes de misión y aquellos Estados que tienen un servicio consular bien organizado y que además tienen una vida internacional comercial importante.

4.3. La protección consular del guatemalteco en el extranjero

“La protección consular se encuentra determinada en diversos ordenamientos normativos, tanto en el derecho internacional, como en el derecho interno. En el sentido estricto, la protección consular consiste en la acción que el cónsul está legitimado a desarrollar, ante las autoridades locales del Estado territorial, a favor de sus nacionales que residen o se encuentran ocasionalmente en su distrito consular y que han recibido un trato contrario al debido”.³²

Esa disconformidad respecto del trato jurídicamente establecido debe ser valorada teniendo en cuenta no sólo la legislación del Estado receptor, sino también con especial atención a las normas del Derecho Internacional consuetudinario y convencional.

“La protección consular presupone, por tanto, un comportamiento positivo o negativo, de las autoridades locales, consistente en la infracción de una de

³² **Ibíd.** Pág. 77.



las normas que regulan la condición jurídica de las personas a las que se extiende la protección”.³³

La protección consular es el conjunto de acciones, gestiones, buenos oficios e intervenciones que realizan los funcionarios de las representaciones consulares y diplomáticas en el exterior, para salvaguardar, de conformidad con los principios y normas del derecho internacional y en apego a las leyes y reglamentos de cada país, los derechos e intereses de sus connacionales en el extranjero y atender sus demandas.

“La protección consular, es el conjunto de acciones que un Estado lleva a cabo para resguardar a sus nacionales que temporal o permanentemente radican en el exterior, brindarles asistencia, asegurar el respeto a sus derechos, evitarles daños o perjuicios indebidos en sus personas o intereses, así como injusticias o arbitrariedades por parte de autoridades extranjeras y persecución o discriminación por motivo de su origen o cualquier otra causa.”³⁴

La protección del migrante, supone una irregularidad que requiere la intervención del Estado de origen a favor del nacional agraviado ante una autoridad del Estado receptor, a través de sus representantes consulares o diplomáticos.

³³ Acosta Vargas. **Op. Cit.** Pág. 27.

³⁴ **Ibíd.** Pág. 29.



En general, en un caso de protección a un connacional, da lugar a una reclamación que se manifiesta por escrito a las autoridades respectivas del gobierno receptor.

El Derecho Internacional hace una diferencia entre las labores de asistencia consular y las de protección propiamente dicha, ya que la protección ha sido la actividad prioritaria del consulado, cuya actividad consiste en la asistencia a los connacionales que se encuentran en el exterior.

“La asistencia consular, constituye todas aquellas acciones del consulado a favor de un nacional, sin que se requiera intervenir ante una autoridad. Esto implica ser interlocutores ante personas privadas de libertad o asistir al connacional que radica en el extranjero, para resolver asuntos en su país de origen, como por ejemplo: Obtener pasaportes, certificaciones de nacimiento, de matrimonio, entre otros”.³⁵

La asistencia consular se distingue netamente de la protección consular, entendida en sentido propio, ya que la misma representa, el conjunto de funciones, de naturaleza y alcance bastante diferentes, que el cónsul desarrolla a favor de sus connacionales, para facilitarles su permanencia en el territorio del Estado receptor, dirigiéndose para este fin, si fuera necesario, a las autoridades locales.

³⁵ Acosta Vargas. **Op. Cit.** Pág. 31.



“La acción consular, no presupone un comportamiento de las autoridades locales, contrario a las obligaciones jurídicas impuestas por el derecho internacional o por el derecho interno y no se manifiesta, por tanto, en forma de reclamación. Se funda, en cambio, en el deber general de cooperación recíproca que la institución consular implica, naturalmente, entre las autoridades locales y los Cónsules extranjeros.

La asistencia consular, se distingue no sólo de la protección consular, sino también de aquél conjunto de funciones de carácter administrativo que el cónsul desarrolla en interés de cada uno de sus nacionales”.³⁶

Existen muchos connacionales guatemaltecos en los Estados Unidos de Norte América, con pasaportes expirados y sin cartillas en los consulados, los guatemaltecos residentes o indocumentados en dicho país, están en una situación de vulnerabilidad.

Por dichos motivos hay un nivel más alto de acoso psicológico y persecución física contra inmigrantes, agregó en alusión a las nuevas directrices migratorias de actual presidente de dicho país. Sin documentos legales, sin visa o con pasaportes expirados los guatemaltecos están perdiendo sus empleos, no pueden adquirir licencias de conducir, los residentes permanentes no pueden viajar a ningún lado, entre muchos problemas.

³⁶ *Ibíd.* Pág. 48.



“Se calcula que hay aproximadamente unos cuatro millones de guatemaltecos en el exterior, de los cuales más del 90 por ciento residen en Estados Unidos mientras que el resto viven entre México, Canadá y Europa. Los derechos de las personas migrantes están incluidos, casi en su totalidad, en todos y cada uno de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que se han adoptado desde mediados del siglo XX”.³⁷

Tanto en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sistema universal, como de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sistema interamericano las declaraciones y acuerdos aprobados desde entonces reconocen un amplio catálogo de derechos humanos a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado.

Migración y derechos humanos en el sistema universal, en el llamado derecho internacional clásico, se establece el trato que un Estado deparaba a las personas dentro de su territorio era un asunto exclusivamente interno e implícito al concepto de soberanía territorial, bajo la idea de “no injerencia” en los asuntos internos.

La internacionalización de los derechos buscó superar las barreras legales y territoriales de cada Estado y establecer mecanismos políticos y jurídicos para la supervisión de lo que ocurría fronteras adentro.

³⁷ Acosta Vargas. *Op. Cit.* Pág. 34.



En la perspectiva del derecho internacional clásico, la migración era considerada una cuestión predominantemente doméstica y sujeta, por tanto, al ámbito de la soberanía y la discrecionalidad de los Estados.

La dialéctica de la construcción de los Estados-Nación, determinó una posición poco privilegiada para las personas extranjeras, a las que se les limita sus derechos, por su condición de migrante.

En primer lugar, la parcelación territorial dividió poblaciones y las convirtió en elemento estatal, supeditado a ese orden. Esto permitió asumir que cada persona tenía un país proveedor de protección y además, toda su representación en la esfera internacional quedaba mediada por la estatalidad; en la doctrina internacional clásica, la condición de sujeto del derecho internacional no era posible sin la intervención del Estado ya que este último era quien decidía ejercer la protección diplomática de su nacional en el extranjero.

“Esta exclusividad en la presencia estatal se ejercía, al interior, bajo el principio de “no injerencia” en los asuntos de jurisdicción interna. Al exterior, se ejercía bajo la protección diplomática de sus nacionales ante todos los demás Estados o, al menos, frente a los Estados respecto de los cuales el “nacional” resultara “extranjero”.³⁸

³⁸ Anderson Asturias, *Op. Cit.* Pág. 78.



Esta fue una de las esferas incluidas en el derecho a la nacionalidad, el dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado.

Los Estados convenían de esta manera en respetarse mutuamente en la persona de sus nacionales. En este marco, las personas extranjeras fueron ganando terreno en la escena internacional, principalmente de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

“La internacionalización de los derechos humanos, es decir, la transformación de la idea de los derechos constitucionales presentes en algunos países en una concepción universal, es un fenómeno de mitad del siglo XX. A partir de la Segunda Guerra Mundial y los eventos que llevaron a ella, la comunidad internacional decidió establecer mecanismos políticos, jurídicos e internacionales y se consagraron derechos para toda la humanidad”³⁹

Los derechos humanos de las personas migrantes se encuentran en instrumentos generales del sistema universal, como la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre Derechos del Niño; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención para la Eliminación

³⁹ Acosta Vargas. **Op. Cit.** Pág. 41.



de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros.

El tratamiento del derecho internacional clásico, fue uno de los factores que habría de determinar que las personas extranjeras permanecieran mayormente dentro de la esfera de determinaciones internas. El trato que un Estado deparaba a sus poblaciones nacionales recién dejó de ser una cuestión meramente doméstica hacia 1945.

Se estableció un nuevo orden en el que los Estados, antes soberanos absolutos, fueron paulatinamente cediendo parte de sus soberanías para integrarse en sistemas multilaterales de derechos humanos. A través de éstos se alcanzó una perspectiva no sólo positiva sino también pretendidamente universal, incorporando el reconocimiento de los derechos fundamentales más allá de la pertenencia de los individuos a determinada comunidad política nacional.

“Migración y derechos humanos en el sistema interamericano La Organización de los Estados Americanos (OEA) es una organización internacional creada en 1948 con el propósito de lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia (artículo 1 de la Carta de la OEA)”.⁴⁰

⁴⁰ González Vidosa, **Op. Cit.** Pág. 44.



Los principales órganos de protección internacional de los derechos humanos en el continente americano son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en todo el continente, elaborando informes sobre la situación de los derechos humanos en distintos países y atendiendo denuncias individuales de violaciones.

El objetivo es dar respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la movilidad humana en la región, incluyendo a la migración internacional e interna, forzada y voluntaria.

El nuevo mandato se centra en el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, escucha casos individuales de violaciones a los derechos humanos en países que aceptaron su competencia, y emite decisiones.

Esos órganos y los instrumentos internacionales bajo los que operan, constituyen lo que se conoce como sistema interamericano de protección de los derechos humanos.



Los Estados americanos han ido adoptando una serie de instrumentos que se han convertido en la base normativa de este sistema regional de protección de los derechos humanos.

Esos tratados reconocen derechos, establecen obligaciones de los Estados tendientes a su promoción y protección, y crean órganos que velan por su observancia. La labor del sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha sido esencial en materia de derechos de las personas migrantes.

4.4. Derecho fundamental de extranjero guatemalteco a la asistencia consular

La realidad del migrante guatemalteco, es que no se le ha prestado una adecuada asistencia consular a las personas detenidas en el extranjero para de esa manera asegurar el debido proceso, siendo fundamental tener conocimiento en relación a las labores de asistencia consular que se pueden y no se pueden proporcionar en cuanto a la atención a los detenidos, así como la asistencia en situación de necesidad.

La acción consular no ha sido ejercida por el Estado, por sí o a través de sus agentes consulares en favor de los migrantes connacionales, dentro de los límites admitidos por el derecho internacional. Es fundamental la asistencia consular ya que con la misma se garantizan el conjunto de funciones



administrativas que lleva a cabo la representación consular en beneficio de sus nacionales en lo relacionado con la orientación y consejo de los nacionales en su relación o trato con autoridades extranjeras.

En el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se terminan algunos derechos para los extranjeros en caso de que sean detenidos y consiste en que las autoridades deberán informarle inmediatamente antes de su primera declaración, sobre su derecho a comunicarse con la oficina o representación consular de su país, lo que se conoce como notificación consular.

En el caso de los connacionales, podrán decidir libremente si desea comunicarse con su consulado y en su caso, la autoridad deberá informar inmediata y eficazmente la solicitud de asistencia a la oficina consular más cercana al lugar de la detención y deberá garantizar la comunicación entre el extranjero y los funcionarios consulares.

El otorgamiento del amparo por la violación al derecho de notificación, contacto y asistencia consular tendrá como efecto general evitar que se juzgue al extranjero a partir de las pruebas obtenidas al margen de la mencionada prerrogativa fundamental.

La intervención del cónsul guatemalteco en el extranjero, tiene el sentido específico de la protección federal deberá definirse considerando la etapa del



procedimiento en la que se hubiese suscitado la violación, el derecho consular infringido, las repercusiones de la transgresión y la armonización del derecho al debido proceso con el de impartición de justicia pronta y los derechos de la víctima a la reparación del daño y al esclarecimiento de la verdad.

El Estado guatemalteco, debe procurar la defensa de sus connacionales, cuando la violación se genere durante un proceso penal en contra de un connacional migrante, ya que en la mayoría de casos se ha infringido el derecho a la información y contacto consular.

Debe procurarse un efectivo proceso, en el que se notifique inmediatamente al migrante detenido en el extranjero, que puede optar por comunicarse con el consulado de su país, evitando dejarlo en estado de indefensión, ya que en caso de que no se ejerza esa prerrogativa, el guatemalteco detenido en el extranjero, convalida todas las actuaciones judiciales y continuar el proceso.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La realidad que los guatemaltecos migrantes viven en otros países, permite determinar que son sometidos a procesos penales o migratorios, sin poder hacer uso de sus derechos por no entender el idioma del país en que se encuentran. La falta de asistencia consular guatemalteca en el extranjero, se debe a que en su mayoría los agentes consulares no son abogados o la embajada no cuenta con la permanencia de un profesional del derecho que permita dar una asesoría inmediata al connacional migrante.

El Estado de Guatemala debe instaurar la celebración de convenios consulares, que permitan el apoyo a un connacional sometido a proceso penal, estableciendo la obligación de informar al consulado guatemalteco del país en el que se encuentre detenido, con la finalidad de obtener una defensa consular previo a ser sometido a un proceso legal; por lo que cualquier violación a lo convenido, permite al Estado reclamar que se enmiende el proceso legal, con la finalidad de evitar que el ciudadano guatemalteco, quede en estado de indefensión.

Lo anterior evita un efecto corruptor del proceso legal instaurado, más cuando existen condiciones sugestivas que afecten la fiabilidad de toda la evidencia incriminatoria y vulneren de forma total el derecho de defensa, permitiendo la asistencia legal pertinente, en forma inmediata y eficaz por parte de la delegación consular guatemalteca.





BIBLIOGRAFÍA

- ABRISQUETA MARTÍNEZ, Jaime. **El derecho consular internacional**. España: Ed. Reus, 1974.
- ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de derecho internacional público**. España: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- ACOSTA VARGAS, Gladis Ileana. **Derecho de extranjería**. Santiago de Chile: Ed. LOM, 1999.
- ANDERSON ASTURIAS, Carmen Leonor. **La asistencia consular**. México, Puebla: Ed. Cajica, 1994.
- BÁMACA MONTERROSO, Javier. **Derecho a la asistencia consular**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Biblos, 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental**. Argentina: Ed. Heliasta, 2005.
- CABANELLAS, Guillermo. **Derecho diplomático**. Argentina: Ed. Heliasta, 2000.
- GONZÁLEZ VIDOSA, Ely Manuel. **Los extranjeros**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Lerner, 1990.
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho diplomático consular**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1991.
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**, Guatemala: Ed. Universitaria, 1992.
- IRIGOYEN KAUFMAN, Miguel. **Garantía del debido proceso al extranjero**. Guatemala: Ed. ICCPG, 2000.



LÓPEZ BLANCO, Myriam Elena. Los derechos de los extranjeros.
Barcelona, España: Ed. Roxin, 1994.

MONZÓN BLANCO, Ana Silvia. Introducción al derecho de asistencia consular. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 2011.

ORTIZ AHLF, Loretta. Derecho internacional público. México: Ed. Harla, 1993.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

Legislación:

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

Convención de Viena sobre Relaciones, Privilegios e inmunidades consulares. Firmada en Viena el 18 de abril de 1961, debidamente ratificada por Guatemala. 1961.

Ley de Extranjería. Decreto número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, 1998.

Ley de Migración. Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, 1998

Ley Orgánica del Servicio Diplomático de Guatemala. Decreto Número 148 del Congreso de la República, 1987.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Diplomático de Guatemala. Acuerdo Gubernativo 270-88 del Presidente de la República de Guatemala, 1988.

Reglamento de la Ley de Migración. Acuerdo Gubernativo 529-99
Presidente de la República de Guatemala, 1999.



del