

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización de Competencias y
Cierre Académico



**Análisis del artículo 5 del protocolo contra el tráfico
ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y su
aplicación en Guatemala**
-Tesis de Licenciatura-

Eyesel Corado Meda

Santa Elena de la Cruz, Flores, Petén, mayo 2018

**Análisis del artículo 5 del protocolo contra el tráfico
ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y su
aplicación en Guatemala**

-Tesis de Licenciatura-

Eyesel Corado Meda

Santa Elena de la Cruz, Flores, Petén, mayo 2018

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica	Dra. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cóbar
Secretario General	EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	Mgtr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Vice Decano	LL. M. Mynor Augusto Herrera Quiroz
Director de Carrera	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Coordinador de Exámenes Privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador de Postgrados	M.A. José Luis Samayoa Palacios
Coordinador de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Asesor de Tesis	Lic. Rafael Carmentate Medina
Revisor de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

M. Sc. Mario Jo Chang

Licda. Marilyn Rosmery López Pérez

Lic. Arturo Recinos Sosa

M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Segunda Fase

Lic. Arturo Recinos Sosa

Lic. Arturo Recinos Sosa

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

M. Sc. Mario Jo Chang

Tercera Fase

Lic. Nelson Cámara

M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Lic. Adolfo Quiñónez

Lic. Fredy Barrios

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, treinta de enero de dos mil diecisiete. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**, presentado por **EYESEL CORADO MEDA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al **LIC. RAFAEL CARMENATE MEDINA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: EYESEL CORADO MEDA

Título de la tesis: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

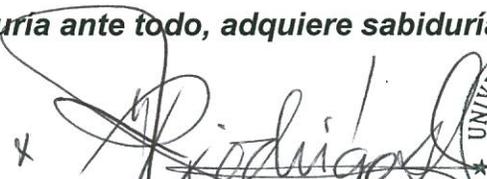
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala 24 de julio de 2017

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


LIC. RAFAEL CARMENATE MEDINA
Asesor de Tesis



c.c. Archivo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dos de agosto de dos mil diecisiete. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**, presentado por **EYESEL CORADO MEDA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al **DR. ERICK ALFONSO ÁLVAREZ MANCILLA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



c.c. Archivo

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **EYESEL CORADO MEDA**

Título de la tesis: **ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 10 de octubre de 2017

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



DR. ERICK ALFONSO ÁLVAREZ MANCILLA
Revisor Metodológico de Tesis



c.c. Archivo

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: EYESEL CORADO MEDA

Título de la tesis: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 15 de marzo del 2018

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



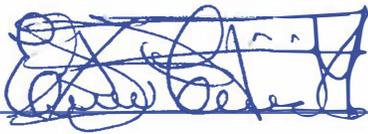
Mgtr. Enrique Fernando Sánchez Usón
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo

En la ciudad de Guatemala, el día doce de marzo del año dos mil dieciocho, siendo las catorce horas en punto, yo, **JORGE VINICIO MORALES SOZA**, Notario me encuentro constituido en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guión cuarenta y tres zona dieciséis, de esta ciudad, en donde soy requerido por **EYESEL CORADO MEDA**, de treinta años de edad, soltero, guatemalteco, estudiante, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) un mil setecientos ochenta espacio cuarenta y seis mil quinientos siete espacio un mil setecientos once (1780 46507 1711), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **EYESEL CORADO MEDA**, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: ("**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**"). Haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que numero, sello y firmo, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales



con serie y número AI- cero, cero ochenta y un mil cuarenta y cuatro (AI-0081044) y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número tres millones setecientos cincuenta y tres mil seiscientos cuarenta y tres (3753643). Leo lo escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f-) 

ANTE MÍ:


LICENCIADO
Jorge Vinicio Morales Soza
ABOGADO Y NOTARIO

Nota: para los efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA

A DIOS: Nuestro Salvador, por medio de Jesucristo nuestro Señor, sea gloria, majestad, dominio y autoridad, antes de todo tiempo, y ahora y por todos los siglos. Amén.

A MIS PADRES: Por haberme dado la vida, la valentía y el amor de padres.

A MIS HERMANOS: Roselda, Esvin, Edward, Lisbeth, con mucho amor, esperando que les sirva de estímulo para alcanzar cosas mayor.

A MIS AMIGOS Y Álvaro Mayorga, Jorge Morales Zosa, Joel Lopez, Claudia Ibáñez, Estelita Marisol López.

A: A la Licenciada Sandra Pacheco, su esposo Wiliamson Gómez, por interesarse porque nosotros culmináramos nuestros estudios.

A: La Universidad Panamericana de Guatemala.
Fuente de conocimiento y valores, eternamente
agradecido.

A MIS CATEDRATICOS: Por impartirnos en pan del saber.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	i
Introducción	ii
El migrante	1
El fenómeno de la migración internacional	7
Los derechos de las personas migrantes	16
Análisis del artículo 5 del protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y su aplicación en Guatemala	32
Conclusiones	53
Referencias	55

Resumen

El tráfico de migrantes es una actividad que atenta contra la dignidad de los seres humanos, no sólo por el hecho que se lucra con su necesidad, sino porque se vulneran sus derechos humanos. De ahí la importancia del protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que representa un hito por la preocupación de combatir a nivel mundial este flagelo, cuyo artículo 5 busca que en los casos en que se vean involucradas personas que se capturan por ingresar a cualquier Estado violando su soberanía y carecer además de la documentación legal respectiva, no se les criminalice e imponga sanción penal alguna. Siendo necesario concretizar a nivel mundial, la despenalización al migrante irregular y que realmente se enfatice el castigo a quienes de manera descarada están involucrados en el tráfico de personas.

Palabras clave

El migrante. Derecho de los migrantes. Causas de la migración. Legislación nacional e internacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes.

Introducción

La migración es un fenómeno que tiene repercusiones a nivel mundial, debido a que la persona que decide abandonar su país de origen lo hace por situaciones sociales, culturales, económicas, políticas y religiosas. Teniendo presente que en los países subdesarrollados esa circunstancia se da especialmente por la pobreza extrema, la violencia existente, el desempleo, por reunificar a la familia, algunos por desastres naturales que no les permiten iniciar de nuevo y salir adelante dándoles lo necesario a sus familias. Pese a todo lo anterior, la situación del migrante se agrava, pues en muchos países son tenidos como criminales, sin respetar el artículo 5 del protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que establece la no criminalización de los migrantes, que conforma el problema principal a investigar en el presente estudio.

La movilización humana existe desde el origen del hombre, lo que indica que siempre habrá migración en busca de un desarrollo sostenible, para alcanzar un mejor nivel de vida. Aspectos que han ocasionado que la mayoría de países se interesen en el problema de la migración, debido al aumento de delitos que surgen de grupos de la delincuencia organizada, principalmente en contra de personas que deciden abandonar su país de origen para trasladarse a otro, en procura de obtener mejores oportunidades de vida, pese a tener presente que esa decisión puede tener repercusiones

negativas, puesto que no es un secreto que muchos migrantes mueren en la travesía existente entre su país y el país de destino.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire fue adoptado por Guatemala el 19 de agosto de 2003, mediante decreto número 36-2003 del Congreso de la República por parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita por Guatemala el 12 de diciembre del año 2000, teniendo como interés principal prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes, logrando la cooperación, el intercambio de información y la adaptación de otras medidas apropiadas entre sus países miembros.

Con base a lo mencionado en los párrafos anteriores nace el interés de investigar el sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo seis de dicho protocolo, que es el punto de partida a la presente investigación.

En la elaboración del artículo científico se hará uso de la metodología siguiente: búsqueda, recopilación y análisis de información, para primeramente buscar y recopilar la información necesaria para el presente trabajo, seguidamente analizar y utilizar la indispensable como referencia.

El presente trabajo tratará sobre el migrante, el fenómeno de la migración internacional, causas de la migración, la legislación nacional e internacional aplicable y los derechos de las personas migrantes. Asimismo, como parte medular el análisis del artículo 5 del protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y su aplicación en Guatemala.

El migrante

Para mayor comprensión respecto del tema, debe establecerse los términos que a veces suelen confundir, ya que aparentemente significan lo mismo, pero no es así. Se debe dejar claro que las palabras tienen diferentes significados, dependiendo del lugar donde el migrante se encuentre. Por ello se aportará una definición precisa de los términos migración, emigración e inmigración.

Al respecto Heber Ofir Xicará Pinto señala que la migración:

Migración: Es el desplazamiento humano de un punto a otro, sus características son el cambio de residencia permanente o transitoria, muchas veces provocado por los factores económicos, sociales, políticos y de seguridad y puede ser externa o interna en un país. La emigración: es parte de la migración, ya que son todas las personas que se mueven para otro punto o se van del lugar para otro lado, se puede decir que es simplemente los que se van del país a vivir a otro, por distintos factores y por último la inmigración: que también forma parte de la migración, y define a las personas que vienen de otro país a vivir a nuestro país, por múltiples situaciones. (2015 Pág. 15)

Antecedentes históricos de la migración

El fenómeno de la migración de personas ha sido una situación histórica que ha acompañado a la humanidad desde su existencia, subyaciendo entre las causas que han motivado los éxodos individuales y colectivos situaciones de índole; política, económica, laboral, ambiental, familiar, etcétera.

Se puede pensar que la migración representa una necesidad considerando que los desplazamientos inician desde tiempos prehistóricos por la búsqueda de medios de subsistencia o eludir a enemigos humanos o naturales, situación que incidió en que a través de este mecanismo los seres humanos prácticamente deambularan por el planeta, de manera que no puede soslayarse el hecho de esta coyuntura que permeo el desplazamiento hacia todos los continentes.

De manera que, con los descubrimientos de África y América, debe considerarse como mecanismo de migración para los efectos del control, la hegemonía y justificación del traslado de personas ante el hecho de la supuesta necesidad de un excedente que no tenía recursos para subsistir. La cantidad de desplazamientos humanos jugaron un papel

fundamental en el desarrollo económico. Las migraciones han transformado radicalmente el aspecto de los países, influyendo en su composición social, lingüística y cultural.

Definición de la migración

Es el proceso de dejar el lugar de nacimiento para pasar a vivir a otro que puede ser temporal o permanente, ya sea interno, en el propio país de origen o externo, en el país distinto al de origen, en busca de mejores oportunidades, exponiéndose a cualquier peligro durante la travesía.

La migración es definida de la siguiente manera: “migrar es un derecho humano fundamental que enriquece las relaciones entre los pueblos y rompe espacios cerrados. Se basa en la libertad individual y colectiva de los seres humanos que emigran.” (Noriega 2002 Pág. 4)

Si bien es cierto, la definición anterior trata sobre el tema en referencia, sin embargo, no describe el término migración como tal, pero tiene valioso aporte en cuanto que refiere que es un derecho humano fundamental, basado en la libertad individual y colectiva de los seres humanos; cuyo derecho se encuentra enmarcado dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en nuestro ordenamiento jurídico y las legislaciones internas de cada país.

Larissa de Lomnitz, señala que:

El movimiento migratorio es el resultado de una combinación de factores que incluyen la explosión demográfica en el campo, el agotamiento de las tierras, el bajo rendimiento asociado a la escasa tecnología, la falta de nuevas inversiones en el campo y el incremento en la atracción de la ciudad. (1993 pág. 22)

De acuerdo con las definiciones anteriores se entiende que la migración es un cambio constante de lugar realizado por los seres humanos, con el único fin de lograr un mejor nivel de vida, mejores oportunidades de desarrollo y brindarle a su familia lo necesario para subsistir.

Definición de migrante

El Diccionario de la Real Academia Española define al migrante como la “persona que llega a un país o región diferente de su lugar de origen para establecerse en él, temporal o definitivamente.” (2001 Pág. 1019)

Manuel Ossorio señala que:

Es necesario precisar que la vulnerabilidad no es una condición que lleve consigo un migrante, pero si le es inherente como a todo ser humano, por tal situación se puede considerar como migrante a la persona que esta fuera del territorio de su nacionalidad y se encuentra en el territorio de otro Estado y que no disfruta del reconocimiento jurídico general de derechos inherentes al otorgamiento de la condición de refugiado, residente permanente, naturalizado u otra análoga por parte del Estado que lo acoge. Asimismo, tampoco disfruta de una protección jurídica general de sus derechos fundamentales en virtud de acuerdos diplomáticos, visas u otros. (1986 Pág. 598)

Por su parte, Mario de la Cueva agrega:

Desde una perspectiva jurídica y aplicable en el campo de la política internacional, no existe aún una definición de la categoría de migrante sin embargo, es posible señalar que el concepto genérico de migración alude al desplazamiento de poblaciones, el cual se puede dar dentro de un mismo Estado o al pasar de una soberanía nacional a otra, de esta manera, se comprende a la inmigración y emigración, cuya diferencia radica que el acto de emigrar implica dejar o abandonar una persona, familia o pueblo dentro de su propio país, en busca de mejores medios de vida, o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en el extranjero; en tanto que inmigrar es llegar a un territorio del cual no se es natural para establecerse en él, la dificultad en definir a la persona como migrante, está en la diversidad de factores que confluyen para provocar esta movilización. (1985 Pág. 345)

La migración irregular es una de las causas por las que se generan situaciones de explotación valiéndose de las condiciones de la persona migrante, atravesando por condiciones de humillación, maltrato físico y psíquico, amenazas de muerte, coacción y tráfico de drogas. Sin embargo, lo que hay que tener presente es que, a pesar de estos riesgos, es más grande

la desesperación de encontrar un lugar donde puedan lograr una estabilidad tanto laboral como social para él migrante y sus miembros que dependen económicamente, como su familia.

Los extranjeros

El ser humano dentro de sus luchas constantes por obtener su bienestar económico, la incorporación a una nueva cultura, a un cambio de clima que le favorezca, acude a otros países en busca de mejores fuentes de trabajo, así como también un ambiente agradable tanto en lo social como en lo natural. En éste caso se trata de la condición del extranjero que no es más que la persona que tiene la ciudadanía de su país de origen, pero tiene relación con otros países, es decir físicamente se encuentra en país distinto del propio.

Extranjero “...es un vocablo español que viene de la palabra francesa “*étranger-ere*” la cual a su vez se deriva del término latino: “*extranearius*” de “*extraeneus*” extraño, o es alguien que es de nación distinta a la propia...” (Arredondo 2010 pág. 7)

Según Francisco Xavier Arredondo Galván:

El concepto de extranjero se aplica tanto a las personas físicas como a las personas morales, un concepto sencillo aplicado a las personas físicas: “extranjero es la persona física que por nacimiento, por familia o por naturalización, no pertenece a nuestro país.” Y tratándose de personas morales podría decirse que “extranjero es toda persona moral que se constituye conforme a las leyes de otro país”. Como se puede apreciar la referencia para la consideración de nacional y extranjero, es el Estado del que es originario o perteneciente el sujeto, o donde la persona jurídica se constituyó. (2010 pág. 7)

Otra definición establece que extranjero es: “Lo que es o viene de país de distinta denominación de aquéllas, en que se le da este nombre. El que es de otra nación. El extranjero de toda nación que no es de la propia.” (Barcia 1945 pág. 329)

Por otra parte Carlos Larios Ochaita expresa:

Las legislaciones positivas solamente se ocupan de determinar quién es nacional del país que se trata, siendo extranjero, en consecuencia, aquél que se encuentra en un Estado distinto del que es nacional. Así por ejemplo para algunos estados, es extranjera toda persona nacida fuera del territorio nacional, que sea súbdito de gobiernos extranjeros y que no se haya naturalizado conforme a sus leyes. (2004 pág. 114)

Clasificación de los extranjeros atendiendo a su condición:

La ley de Migración que era objeto de importancia en cuanto al tema del migrante fue derogada por el Decreto 44-2016 del Congreso de la República de Guatemala, denominado como Código de Migración, el que establece que existe un estatus ordinario migratorio que se les otorga a las personas extranjeras en razón de su ingreso y permanencia en el territorio nacional de acuerdo a la clasificación que indica el artículo setenta y tres del mismo cuerpo legal, los cuales son: a) Turista o viajero; b) Residente temporal; y, c) Residente permanente.

Los turistas o viajeros son las personas extranjeras que han ingresado de forma regular con fines lícitos, sin propósito de obtener una residencia temporal o permanente, cuyo plazo no podrá ser mayor de noventa días, prorrogable por una sola vez. Las personas residentes temporales, son las que cuentan con el estatus de residente temporal, extendido por la Dirección General de Migración y los residentes permanentes son aquellas personas que además de cumplir con los otros requisitos legales, desean obtener su domicilio en el país.

En el tema de la migración es difícil establecer un motivo único por el que existe la situación migratoria, son múltiples los factores que provocan la inclinación hacia ella. Algunos de esos factores ya se han mencionado anteriormente, aunque cada ser humano tiene su propio motivo de abandonar su país de origen; no obstante, cada ser humano tiene el mismo fin, que es la búsqueda de un mejor nivel económico, el anhelo a una vida plena, con nuevas oportunidades, por todo ello, se corren los riesgos que conllevan el trasladarse de un lugar a otro.

El fenómeno de la migración internacional

Antecedentes

Hoy en día, la migración internacional regular u ordenada que es la que se da cuando se cumplen todos los requisitos migratorios para el cruce de fronteras y la irregular o desordenada, cuando no se cumplen los requisitos migratorios para el cruce de fronteras, representan nuevos desafíos para todos los Estados, ya que ambas situaciones son el blanco principal de la delincuencia organizada.

También es importante mencionar que la persona migrante y sus derechos humanos están siendo afectados por nuevas formas de delincuencia tales como: el tráfico ilícito de migrantes, el narcotráfico, el enriquecimiento ilícito que se vale de las condiciones de desventaja y vulnerabilidad de los

migrantes, lo cual constituye una violación a los derechos humanos de la persona y una amenaza para la seguridad de los Estados.

Por lo que es necesario que el Estado de Guatemala responda de manera prioritaria para el combate efectivo al tráfico ilícito de migrantes, de acuerdo con la naturaleza transnacional de estos delitos requiere de la cooperación entre Estados involucrados en sus territorios ya sea por el origen, tránsito o destino de los mismos.

El fenómeno socioeconómico que subyace en la migración ha evolucionado y a través de los eventos sociales, económicos, culturales y políticos, ajustándose a las necesidades del ser humano, es por ello que su protección tiene que ser integral por parte de los Estados, con el fin de dar un trato humano digno a estas personas y proteger plenamente sus derechos humanos, esto sin importar su condición de migración irregular o regular.

Colateral al crecimiento y movimiento migratorio internacional nuevos problemas convergen que involucran tanto la seguridad de los Estados como la efectiva protección de los derechos humanos de los migrantes.

Guatemala es un país de origen, tránsito y destino para las migraciones por sus fronteras con México y ser la vía de acceso a los Estados Unidos.

Sus políticas migratorias aún son incipientes para dar respuestas a todas las necesidades que dichos fenómenos alientan. Por tal situación es importante estudiar la forma y el modo por lo que las personas deciden migrar y las consecuencias que se derivan de la misma.

La comunidad internacional a través de la Organización de las Naciones Unidas se ha visto obligada a discutir la prevención y combate de los problemas de migración, interesándose en las causas fundamentales de la migración, especialmente las relacionadas con la pobreza, los beneficios de la migración internacional y su incidencia con el desarrollo, resaltando la necesidad del intercambio de información, cooperación y adopción de medidas apropiadas para el combate al tráfico ilícito de migrantes, lo que ha quedado reflejado a través de la creación de un instrumento universal que aborda los aspectos de este hecho ilícito y las cuestiones conexas a éste siendo ella la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados -ACNUR- que fue establecida el 14 de diciembre de 1950 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados señala:

La agencia tiene el mandato de dirigir y coordinar la acción internacional para la protección de los refugiados a nivel mundial. Su objetivo principal es salvaguardar los derechos y el bienestar de los refugiados, garantizar que todos puedan ejercer el derecho a solicitar asilo en otro Estado y a disfrutar de él, identificar soluciones duraderas para los refugiados, tales como la repatriación voluntaria en condiciones dignas y seguras, la integración en la sociedad de acogida o el reasentamiento en un tercer país. (<http://www.acnur.org>)

El ACNUR también tiene el mandato de ayudar a las personas apátridas en todo el mundo.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados desde 1950 ha ayudado a decenas de millones de personas a reiniciar sus vidas. Hoy en día, con un equipo de 10,700 personas en 128 países, sigue ayudando y brindando protección a más de 65 millones de personas refugiadas, retornadas, desplazadas internas y apátridas en todo el mundo. (<http://www.acnur.org>)

Como puede observarse dicha institución internacional, tiene datos estadísticos bastante actualizados, en relación al tema de las personas que se desplazan de un país a otro, a quienes denomina personas desplazadas.

Así mismo según el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados que analiza el desplazamiento forzado en todo el mundo basándose en datos de gobiernos, agencias socias y en los datos del propio ACNUR, arroja que 65,6 millones de personas se encontraban desplazadas a finales de 2016, esto remarcó que en el 2016, en promedio 20 personas por minuto, se vieron obligadas a huir de sus hogares y buscar protección en otro lugar, ya sea dentro de las fronteras de su país o en otros países. Unos 10,3 millones de personas se convirtieron en nuevos desplazados por los conflictos o a la persecución en 2016. Entre ellos había 6,9 millones de personas desplazadas dentro de las fronteras de sus países y 3,4 millones de nuevos refugiados. De los 65,6 millones de personas desplazadas forzosamente hasta el 31 de diciembre de 2016, 22,5 millones eran refugiados (17,2 millones bajo el mandato del ACNUR y 5,3 millones registrados por UNRWA), 40,3 millones desplazados internos y 2,8 millones solicitantes de asilo. Además, ACNUR calcula que al menos 10 millones de personas eran apátridas a finales de 2016. Sin embargo, los datos recabados por los gobiernos y comunicados a ACNUR se limitaban a 3,2 millones de apátridas en 75 países. (<http://www.acnur.org>)

Cabe aclarar que UNRWA se refiere a la Agencia de Naciones Unidas para los refugiados de Palestina en Oriente Próximo, organización que se encarga de suministrar servicios en materia de sanidad y educación.

Según la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados:

Tres países expulsaron el 55% de la población refugiada del mundo. Siria, con 5,5 millones de personas; Afganistán, con 2,5 millones y Sudán del Sur, con 1,4 millones, en conjunto, más de la mitad de los refugiados que, a nivel mundial, se encuentran bajo el mandato del ACNUR. Por otro lado, Colombia, con 7,4 millones de personas; Siria con 6,3 millones, e Irak, con 3,6 millones, son los que tienen las mayores poblaciones de desplazados internos. En total, en 2016, el 84 por ciento de los refugiados bajo el mandato del ACNUR estaba en países de ingresos medios y bajos, próximos a situaciones de conflicto. A nivel mundial, Turquía es el mayor país de acogida, con 2,9 millones de refugiados, con alrededor de un refugiado cada seis ciudadanos y Líbano acoge a más refugiados, en comparación con su población, que cualquier otro país del mundo. (<http://www.acnur.org>)

Según lo analizado en los párrafos anteriores sobre el tema del ACNUR, se entiende que la Organización Internacional de las Naciones Unidas es la principal fuente que se ha interesado en encontrar los medios necesarios para brindarle ayuda a las personas migrantes en cualquier parte del mundo, así mismo la solución a la problemática en que se encuentra por el afán de encontrar mejores oportunidades para ellos y su familia.

En Guatemala, según información proporcionada por la Casa del Migrante con sede en el departamento de Petén, Guatemala ha recibido 786 solicitudes de asilo de nacionales de 41 países, del periodo del 2002 para junio 2017, de ellas 312 personas han sido refugiadas, el resto de solicitudes han sido abandonadas por los interesados, resaltando que entre las solicitudes admitidas el 52% son de personas de origen salvadoreño, el

32% de origen nicaragüense, el 11% del país de Honduras y el resto de otras nacionalidades.

Derivado de lo anterior, cabe preguntarse ¿Debe entonces entenderse la migración irregular como la oferta que provoca la demanda del tráfico ilícito de migrantes internacionales? ¿Es acaso la migración el hecho generador de las empresas de los grupos delictivos organizados, o por el contrario la falta de políticas públicas integrales a nivel local por parte del Estado y su interés por buscar mecanismos interregionales, regionales y subregionales para proteger los derechos humanos de los migrantes irregulares que se ven forzados a emigrar a otro Estado en busca de oportunidades que les permitan una vida digna? situación que si ha sido bien aprovechada por los grupos delictivos organizados como una fuente más de ingresos ilícitos no solo económicos, pero también de reclutamiento de trabajos forzados, esclavitud sexual entre otras formas de explotación.

La realidad demuestra que la limitación y vigilancia de las fronteras no es el mecanismo eficaz para frenar los movimientos migratorios, pues como resultado de este tipo de políticas, los flujos migratorios irregulares se acrecientan, y, por tanto, aumenta la vulnerabilidad de la población migrante durante el proceso migratorio.

Este evidente fracaso de las políticas migratorias se debe, entre otras razones, a que éstas no dan respuesta a las raíces de las migraciones. El desequilibrio de las políticas públicas migratorias y el tema económico entre los países de origen y destino. Sin embargo, este aspecto ha sido aprovechado por la delincuencia organizada transnacional para convertir a los migrantes irregulares en sus víctimas.

El tema migratorio y su problemática han cobrado un nuevo interés a nivel mundial y desde la perspectiva de los Derechos Humanos atenta contra la vida, libertad, integridad, locomoción y seguridad del migrante.

Las políticas públicas del Estado necesitan asumir un papel y función de acuerdo con las nuevas tendencias internacionales en materia migratoria capaces de encarar los retos que principalmente la migración irregular está demandando.

Es necesario abordar el tema del fenómeno migratorio y sus flujos desde una perspectiva multifacética, con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, a partir de diciembre 2000, la comunidad internacional mostró su preocupación, compromiso y determinación por combatir la delincuencia organizada, que ha logrado traspasar las fronteras para realizar sus negocios ilícitos. Uno de los temas que quedó incluido dentro de la convención referida y específicamente en uno de sus protocolos, es la

migración irregular internacional y la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes.

El movimiento migratorio en Centroamérica

Esta región ha atravesado una serie de problemas que se centran en desastres naturales, crisis económicas, delincuencia, guerra interna y corrupción, todo lo cual presionó en su momento para que se detonara el movimiento migratorio particularmente hacia Estados Unidos de América.

A pesar de la amenaza de deportación masiva de la actual administración en los Estados Unidos, el flujo continúa, no se detiene y cada vez se observa un fenómeno inusual, el hecho que niñas, niños y adolescentes viajen solos buscando a sus padres que han pagado grandes cantidades de dinero para ser trasladados de su país de origen a Estados Unidos.

Por otra parte, en dicho país hay demanda de trabajo de mano de obra no calificada por la que se paga menos y se requiere lo mismo, porque el ciudadano promedio norteamericano no desea desarrollar dicho trabajo, máxime el trabajo de campo, de Causas de la migración el trabajo del campo, cuidado de ancianos y niños.

Causas de la migración

Las migraciones representan un fenómeno demográfico especial y a la vez complejo que es producto de diversas causas no tan fácil de explicar, derivado de que existen manifestaciones en las que se encubre esta actividad con el matiz de actividades turísticas o de otra índole, los datos cuantitativos son difíciles de obtener, especialmente en el caso de los países subdesarrollados. Por tal situación se mencionarán algunas de las causas por las que se origina la migración.

a. Causas políticas

Muchas veces suelen ser por persecución y venganza política, y es cuando las personas deciden abandonar un país para residenciarse en otro, o al menos intentan abandonarlo, puesto que la permanencia en su país, pueden ocasionar inclusive hasta que pierdan la vida cuando se trata de regímenes totalitarios.

b. Causas culturales

La causa cultural para migrar de un país a otro tiene mucho peso, por ejemplo, las posibilidades de educación, religión, idioma, tradiciones y costumbres, aunque muchas veces es imposible encontrar todo lo que se está acostumbrado a vivir en el país de origen.

c. Causas socioeconómicas

Éste tipo de causa implica un mejoramiento en las condiciones de trabajo y remuneración, o en casos más críticos, el acceso a un empleo, no obstante que subyace en esta situación un abuso de la condición de personas sin documentos o estatus legal.

Por otra parte, es pertinente considerar que la situación de pobreza y pobreza extrema que se viven en la mayoría de países subdesarrollados induce a infinidad de personas a arriesgar su vida a efecto de salir de su caótica situación.

d. Causas familiares

Es otro factor preponderante, el que puede apreciarse en la cruda realidad que existe actualmente con una gran cantidad de madres, niñas y niños que han sido sorprendidos por las autoridades migratorias de Estados Unidos y mantenidos en refugios ante el hecho que el padre de familia pagó para que estén con él.

Los derechos de las personas migrantes

Este tema tiene múltiples aspectos importantes. Cabe preguntarse cuáles son las razones por las que un Estado otorga a los extranjeros ciertos derechos, en atención a que esta clase de personas son ajenas al territorio, a sus costumbres, a la forma de vivir, e incluso se tiene el caso de personas

pertenecientes a Estados con los cuales el país receptor nunca ha tenido relaciones.

Los extranjeros no pueden compeler al Estado para que éste cumpla con los beneficios que en concepto de derecho le ha conferido, si en un momento dado no puede proporcionarlos. En ningún momento pueden recurrir a la vía judicial o ejecutiva en demanda de tales derechos, todo ello por su condición de extranjeros. Tampoco podría caber el ejercicio de una acción colectiva de hecho en contra del Estado, a efecto de que se haga, o se deje de hacer una cosa u otra en favor de ellos.

Así mismo, no podría hablarse de los llamados derechos adquiridos dada la naturaleza de los mismos. Se aclara que se hace referencia a aquellos derechos que voluntariamente otorga el Estado a extranjeros. Ahora, si alguno de ellos queda comprendido en tratados internacionales aceptados por los Estados y con fuerza de ley, la cuestión necesariamente debe enfocarse desde otro punto de vista, sobre este punto cabe hablar de dos sistemas, uno que se podría llamar liberal y otro conservador.

A parte de los derechos que voluntariamente pueden conceder las leyes de un Estado, todo extranjero puede invocar los tratados y convenios existentes entre un país y su respectiva nación, tales convenciones son productos de un acuerdo bilateral entre Estados, donde está de por medio la seguridad, las garantías y la paz de las naciones.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todas las personas tienen el derecho a moverse libremente en su país o fuera de él y a escoger libremente el lugar donde quieren vivir y trabajar. Esto implica que existe un andamiaje jurídico que impone a cada Estado el derecho de decidir quién ingresa en su territorio, de manera que la existencia del derecho subjetivo de la libre movilidad trae aparejada la potestad del derecho objetivo de imponer normas que impiden la libre circulación de las personas, por cuestiones de políticas de seguridad que obligan a desarrollar mecanismos de controles fronterizos.

Posiciones y teorías

La migración como derecho humano, es objeto de diversas posiciones y teorías. En la doctrina jurídica destacan las siguientes:

a. El derecho de migrar como derecho fundamental del hombre

El derecho de migrar se reconoce como inalienables porque no se le puede quitar al ser humano, es propio de cada uno, es universal porque existe en cualquier rincón del mundo y principalmente irrenunciable. Es un derecho fundamental en el diario vivir del hombre, siendo reconocido como tal, tanto en la legislación nacional como en la internacional.

b. El derecho de migrar en forma legal

Se postula desde esta posición que el derecho de migrar le asiste a toda persona siempre que lo realicen de manera legal y documentada, no reconocen el derecho de migrar como derecho universal independientemente de cuál sea su estatus migratorio.

c. Derecho a emigrar de forma internacional

Esta posición es generalmente aceptada por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, al reconocer solamente el derecho de emigrar -salir de su país de origen-, pero no el derecho de entrar en el país de destino.

Legislación nacional e internacional aplicable en materia de derechos del migrante

En la actualidad, debido a varias situaciones que ponen en riesgo la vida de las personas que por diversas circunstancias deciden abandonar sus países de origen, en busca de mejores condiciones de vida.

Los Estados han procurado crear, tanto a nivel interno como externo a través de organizaciones internacionales, mecanismos para evitar la vulneración de los derechos del migrante, de esa cuenta es que existen leyes propias de los Estados miembros, asimismo legislación internacional que obliga a todos los Estados parte a brindar protección al migrante. En ese

orden de ideas, por la importancia que representa para el presente estudio, se citaran y analizaran las que tienen mayor trascendencia sobre el tema.

Legislación nacional

Es la que rige en el país de Guatemala, es decir la propia ley creada por los entes correspondientes, por medio de los procedimientos establecidos en la propia ley.

Constitución Política de la República de Guatemala

La principal fuente de la que emana la legislación guatemalteca, es la Constitución Política de la República, cuerpo legal de vital importancia para el presente trabajo.

Los artículos contenidos en los capítulos II del título III, de la ley en mención, específicamente de los artículos del 144 al 148, contemplan la nacionalidad, la naturalización y la ciudadanía a la que tiene derecho cualquier persona toda vez que cumpla con los requisitos necesarios para optar a ella, basándose en los aspectos doctrinarios del *ius soli* y el *ius sanguinis*.

Es preciso mencionar que existen derechos para adquirir la nacionalidad y ciudadanía, pero así mismo también obligaciones, que de no acatarlas se pierde, o nunca se llega a obtener, aspecto contemplado en el apartado constitucional citado.

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

El Estado al considerar que es su deber reconocer y garantizar la libertad de toda persona, de entrar, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia sin más limitaciones que las que se establezcan en las leyes, teniendo presente además, que Guatemala es un país con un alto número de personas migrantes, se crea el Código de Migración, con la finalidad de regular la seguridad jurídica de las personas y permitir el pleno acceso al conocimiento de las normas vigentes del país.

Dentro del presente código se reconoce el derecho a migrar establecido en el artículo uno el que textualmente dice: El Estado de Guatemala reconoce el derecho de toda persona a emigrar o inmigrar, por lo cual el migrante puede entrar, permanecer, transitar, salir y retornar al territorio nacional conforme la legislación nacional. También se reconoce el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias, las personas víctimas de trata y uno de los más realizados en el diario vivir como lo es, el derecho al reconocimiento del estatuto de refugiado, asilo político y la asistencia humanitaria.

De lo anterior se deduce que, en el Código de Migración no existen solo derechos, sino que también obligaciones y prohibiciones que el migrante debe cumplir, para legalizar su estatus en el país.

Decreto 46-2007 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala -CONAMIGUA-

Ésta ley fue creada en consideración al beneficio y ayuda de más de un millón y medio de guatemaltecos que viven, trabajan y residen en el extranjero y que contribuyen al desarrollo, especialmente en la economía y el crecimiento del país mediante el envío de remesas familiares.

Existen diferentes entidades del Estado que trabajan por su propia cuenta atendiendo las demandas de los migrantes guatemaltecos, sin que en la práctica se atiendan sus necesidades, es entonces donde entra la función del Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala –CONAMIGUA- para coordinar, supervisar y fiscalizar las acciones y actividades de los órganos y entidades del Estado tendientes a proteger, atender y brindar asistencia y auxilio a los migrantes guatemaltecos y sus familias en Guatemala, así como a los migrantes que se encuentran en el territorio nacional.

Entre otras funciones del CONAMIGUA están, velar por el respeto a los derechos humanos de los guatemaltecos que se encuentran en el extranjero, así como el cumplimiento de los compromisos internacionales. Elaborar propuestas de acciones conjuntas de entidades y órganos del Estado guatemalteco con las autoridades de otros Estados e instancias internacionales. Presentar ante el Organismo Ejecutivo planes y programas

sobre los mecanismos más adecuados y expeditos, para atender las necesidades de los migrantes guatemaltecos, así como el fortalecimiento de la relación de éstos con su familia en nuestro país.

Ésta ley es de mucha importancia para los migrantes en Guatemala, ya que por medio de ella se establecen estatutos que lo protegen de situaciones que los exponen al peligro en cuanto a la delincuencia que se vive en el país. Muchos grupos organizados para realizar hechos delictivos aprovechan las condiciones de los migrantes para obtener beneficios personales, no importando las consecuencias que ello conlleva.

Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos

La geopolítica se ha venido transformando debido a coyunturas económicas, jurídicas, políticas y sociales de los Estados a nivel mundial, existe un alto nivel de interdependencia que impone la colaboración intrínseca en esta área.

De esa cuenta es que, en materia migratoria, existen múltiples tratados y convenios internacionales con la finalidad de crear alianzas con otros países y así proteger sus intereses y los de sus habitantes. Entre ellos cabe mencionar:

Declaración Universal de Derechos Humanos

Es el primer instrumento adoptado y proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, concebida como un logro común para todas las naciones y personas en la protección de derechos fundamentales del ser humano, en ella se establecieron derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Entre los derechos reconocidos en esta declaración se encuentran los siguientes: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad, así como también en derechos los cuales son proclamados sin discriminación alguna, derecho a la vida, libertad, seguridad, prohibición a la esclavitud y servidumbre, prohibición de tortura, malos tratos degradantes e inhumanos, igualdad ante la ley, derecho de defensa, prohibición de detención arbitraria, derechos del detenido, prohibición de la retroactividad de penas, respeto a la vida privada y familiar, derecho a libre locomoción, derecho a dejar su país y regresar, derecho a una nacionalidad, derecho al matrimonio y a fundar una familia, derecho a la propiedad privada, libertad de pensamiento y libertad de expresión, derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica, derecho a participar en el gobierno de su país, derecho

a seguridad social, derecho al trabajo, derecho a un nivel de vida adecuado, derecho a la educación y el derecho a la vida cultural.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Tomando en cuenta que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrante por tierra, mar y aire se requiere la cooperación a nivel internacional para el intercambio de información y la adopción de medidas apropiadas.

Con el propósito de encontrar las causas fundamentales de la migración, brindar un trato humano y proteger sus derechos.

Por tal motivo fue creado el presente protocolo, que en su artículo 2 establece, que su finalidad es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objetos de dicho tráfico.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El fin de este protocolo es prevenir y combatir la trata de personas de mujeres y niños, dándole un enfoque amplio e internacional en los países. Fue adoptado en diciembre del año 2000, e impone a los Estados partes adoptar las siguientes medidas:

1. Tipificar como delito en su derecho interno la trata de personas.
2. Proteger la privacidad y la identidad de las víctimas de trata de personas, así como también brindarles protección.
3. Cada Estado deberá considerar la posibilidad de adoptar medidas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente cuando proceda.
4. El Estado parte receptor, facilitará y aceptará sin demora alguna la repatriación de las víctimas.
5. Establecer políticas, programas y otras medidas para prevenir y combatir la trata de personas, así como su protección.
6. Tomar medidas fronterizas para prevenir y detectar la trata de personas.
7. Tomar medidas de seguridad y control de documentos de viajes o de identidad y,
8. Tomar medidas de legitimidad y validez de documentos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Fue adoptado por medio de la resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Contiene una enunciación más amplia de los derechos económicos, sociales y culturales, que los reconocidos en la Declaración Universal, describe cada uno de ellos y desarrolla los pasos para su protección, entre los derechos adicionales se encuentran los siguientes: el derecho de los pueblos a libre determinación, amplía derechos en el ámbito laboral, derecho a la orientación y formación técnico profesional, salario mínimo, salario equitativo, condiciones dignas

para el trabajador y su familia, seguridad e higiene en el trabajo, oportunidad de ser ascendidos en puestos de trabajo, descanso, limitación de la jornada de trabajo, fundar sindicatos y huelga, protección a la mujer embarazada, protección y asistencia a niños y adolescentes, protección contra la hambruna, derecho a salud física y mental, derecho a la enseñanza primaria, secundaria, técnica y profesional entre otros.

El pacto en referencia en términos precisos busca la superación integral de todos los seres humanos, como derecho inherente a la persona, basando su atención principal en los derechos relacionados con lo económico, social y cultural. Cabe resaltar que es uno de los más importantes dentro de la sociedad, debido a que abarca la mayor parte de las necesidades prioritarias para el ser humano, además establece una protección, en caso de ser violentados los derechos que le asisten al migrante.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo

Fue acogido por medio de la resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de Naciones Unidas, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recoge todos los derechos civiles y políticos reconocidos por la Declaración Universal, y adiciona: el respeto de los derechos y garantías de todos los individuos que se encuentren en territorio de un Estado parte, sin discriminación

alguna -en esta disposición se incluye a los extranjeros o migrantes-, igualdad de derechos entre hombres y mujeres, disposiciones respecto a la pena de muerte, que nadie puede ser sometido a trabajo forzoso u obligatorio, notificación de la detención, derecho a obtener reparación por detención ilegal, derecho de los detenidos a ser tratados con respeto a su dignidad, menores procesados, régimen penitenciario, que nadie puede ser encarcelado por obligaciones contractuales, el derecho de las personas que se hallen legalmente en el territorio de un Estado, a circular libremente por él y a escoger en él su residencia (artículo 12); asimismo, que nadie puede ser privado del derecho a entrar a su propio país y que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de la ley.

El pacto en referencia busca regular los derechos de las personas que se encuentren en territorio ajeno, a efecto sean tratados como seres humanos, sin discriminación e igualdad, asimismo, el respeto a su dignidad, no importando si se trata de hombres, mujeres, ancianos o niños.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Esta convención ofrece garantías, promueve y estimula el respeto universal y efectivo de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma,

nacionalidad o religión. Adoptada el 21 de diciembre de 1965, por la resolución 2106 A, en los albores del siglo XX, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A través de ella, los Estados partes, tienen el compromiso de velar por el cumplimiento de las siguientes disposiciones: condenar la discriminación racial, cada Estado se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial, no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial, cada Estado tomará medidas para revisar políticas y para enmendar, derogar o anular las leyes y disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial, condenar la segregación racial y el apartheid, condenar propaganda en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza, condenar el odio racial así como su incitación, promover la educación, cultura e información para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial entre otras.

Vale aclarar qué significa *apartheid*, se trata de un sistema político y social que fue desarrollado en la República de Sudáfrica y otros Estados del sur de África, que se basa en la segregación o separación de la población por motivos raciales o étnicos y en el trato discriminatorio hacia la población negra.

Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares

Se adoptó el 18 de diciembre de 1990, mediante la resolución 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en ella se contemplan los derechos fundamentales de todos los seres humanos, reconocidos en los demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En materia migratoria, es de suma importancia porque incluye derechos específicamente para migrantes y sus familiares, siendo estos los siguientes: salir libremente de cualquier Estado, incluido su país de origen así como a regresar; libertad de movimiento y elegir el lugar de residencia; derecho a que ninguna persona destruya sus documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o pasaporte; derecho a que no sean objeto de expulsión colectiva, derecho a la protección y asistencia consular; derecho a la no discriminación entre los extranjeros y los nacionales, a gozar de todos los derechos laborales sin distinción alguna, derecho a una seguridad social, igualdad con los nacionales en el acceso a la educación y servicios sociales.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, aprobada en Guatemala mediante el Decreto-Ley 34-83, cuya fecha de adhesión es el 29 de marzo de 1983.

Esta convención define quién es un refugiado, y decide las reglas de los individuos a los que se les garantiza el asilo y las responsabilidades de las naciones que garantizan el asilo.

También decide qué personas no se consideran como refugiadas, tales como criminales de guerra, asegura algunos viajes sin visado para los que portan documentos de viaje, conforme a la convención.

Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- relativo a los Trabajadores Migrantes.

Este convenio fue adoptado el 1 de julio de 1949, en la sesión de conferencia número 32 de la Organización Internacional del Trabajo. Cuyo fin primordial es brindar protección a los migrantes trabajadores que se encuentren en un Estado de empleo.

Estipula que cada Estado parte debe informar sobre la política y legislación nacional referente a la emigración y a la inmigración, así como también el movimiento de trabajadores migrantes; prestar ayuda a los trabajadores migrantes; no permitir propaganda sobre la emigración y la inmigración que puede inducir a error, facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de trabajadores migrantes; cerciorarse, tanto en el momento de su salida como en el de la llegada, de la salud de los trabajadores migrantes y miembros de su familia, acompañarlos a reunirlos con ellos; que los trabajadores

migrantes y su familia gocen de protección médica e higiene y proteger los derechos laborales de los migrantes.

Se reitera que, los instrumentos internacionales mencionados anteriormente, son los más importantes en materia de migración, lo que resulta imperante que los Estados partes logren una real aplicación de estas normas, no debiéndose establecer diferencia alguna entre los derechos de los migrantes y los derechos de los nacionales en materia de Derechos Humanos.

Análisis del artículo 5 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y su aplicación en Guatemala

El fenómeno del tráfico de migrantes

Las fronteras se caracterizan por la alta movilidad humana, ya sea por turismo, trabajo, comercio, o por vínculos familiares y culturales, las personas cruzan límites y jurisdicciones estatales. Esta movilidad se realiza a través de fronteras territoriales, fluviales y lacustres entre múltiples unidades territoriales.

No puede evitar soslayarse que el tráfico de migrantes es una realidad que se suscita en el seno de la mayoría de sociedades a nivel mundial, habiendo despertado el interés a nivel global. Toda vez que involucra y afecta a un gran número de países que son considerados puntos de origen, tránsito o destino, fenómeno en el que subyace un lucro con el tráfico ilícito de migrantes a través de fronteras y entre continentes. De esa cuenta es que la peculiar naturaleza de este fenómeno, imbuida por su clandestinidad dificulta determinar cuándo la migración irregular es facilitada por contrabandistas, derivado a que es complejo verificarla.

Aunado a esa situación, el hecho que de antemano se tenga la certeza de la imposibilidad de obtener una visa, motiva a un número considerable de migrantes que están dispuestos a correr riesgos en busca de una vida mejor, lo que representa un caldo de cultivo sumamente atractivo a las redes que existen y que aprovechan estas oportunidades.

El objetivo del tráfico de migrantes es la condición de vulnerabilidad en que se encuentran las personas para convencerlas que están en condición de garantizar un traslado seguro una vez acepten las condiciones del pago, aunque exista el riesgo de explotación y abuso de sus vidas, por lo cual los migrantes llegan a equipararse como simple mercancía.

No está demás incluir que, por ser una actividad clandestina, las cifras de valor en el plano mundial son difíciles de determinar con precisión.

Sin embargo, sobre la base de dos de las principales rutas del tráfico ilícito, de África oriental, septentrional y occidental hacia Europa y de América del Sur hacia América del Norte, genera anualmente grandes ingresos para los contrabandistas.

La dinámica migratoria en Guatemala

El territorio guatemalteco constituye un escenario en donde ocurre un intenso movimiento de población, la que se desplaza como parte cada vez más creciente de estrategias de sobrevivencia, es por ello que grandes cantidades de personas se movilizan con el fin de buscar empleo y mejores condiciones de vida.

En el marco de esas circunstancias, Guatemala actualmente constituye el lugar de origen, tránsito y destino de migrantes. Entre los flujos migratorios pueden distinguirse aquellos que ocurren internamente, vínculos a la dinámica laboral agrícola y a empleados en la industria de la construcción, de las maquilas o del trabajo doméstico entre los más importantes.

También pueden distinguirse flujos migratorios que rebasan las fronteras nacionales y que se desplazan desde Guatemala a Estados Unidos, pasando por México, o que proceden de la región centroamericana hacia Guatemala.

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cabe resaltar que los departamentos de Petén e Izabal, representan el 40% del territorio de Guatemala, con 44.000 km cuadrados. Ambos departamentos tienen un contexto político, social y económico complejo, donde la pobreza, la falta de desarrollo y la debilidad de instituciones estatales se combinan con actividades criminales e ilícitas perpetradas por carteles o grupos criminales locales, nacionales y transnacionales. (2017 Pág. 1)

Se estima que, por su posición geográfica, limítrofe con Honduras, Belice y México, el área representa una ruta de tránsito clave en el norte de Centroamérica para el flujo migratorio, que incluye migrantes y refugiados.

Así mismo también la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados detalla que unas 60.000 personas, en gran mayoría de Honduras, El Salvador y Guatemala han utilizado esta ruta de tránsito hacia sus países de destino en los últimos años. Entre ellas, hay miles de personas que huyen de la violencia generalizada, las amenazas a su propia vida y que no han tenido otra opción que desplazarse en la búsqueda de protección y seguridad. (2017, Pág. 1)

Como puede observarse, a la dimensión de tránsito de personas migrantes y con necesidad de protección, se suma una pequeña población de solicitantes de asilo y refugiados que están establecidos en el departamento de Petén, así como individuos y grupos afectados por la violencia generalizada y/u otros hechos que les fuerzan a desplazarse de su propio hogar y buscar protección en otros lugares o países.

Por otro lado, es necesario avanzar en los procesos de negociación binacional que permita una adecuada gestión y vigilancia de los derechos humanos de los guatemaltecos en el exterior. En ese sentido, se deben fortalecer los procesos de negociación de política migratoria y laboral ante los gobiernos de Estados Unidos y México, especialmente.

Acciones migratorias

Los elementos que tienen mayor importancia en la política exterior que tienen relevancia para el estudio de las migraciones son las fronteras. Puesto que tienen como fin evitar violaciones a la soberanía de los Estados, así como el estudio de las relaciones de poblaciones fronterizas, y el fomento de la cooperación para el desarrollo de ambas naciones, facilitando flujos de mercadería, financieras y por supuesto de personas.

Sin embargo, ante el aumento de los movimientos migratorios que se hacen de forma documentada e indocumentada, tanto los países receptores como expulsores crean mecanismos relacionados a la regulación y control de los inmigrantes.

Dichos mecanismos se traducen en políticas migratorias, las cuales constituyen elementos necesarios para determinar el comportamiento de las migraciones, y las cuales se modifican de acuerdo con las necesidades de los movimientos migratorios.

Según las Naciones Unidas para los países receptores, las políticas migratorias se centran en la regulación y control de los migrantes, así como la integración de los mismos en aspectos económicos, sociales y políticos.

Es pertinente, aunque de manera somera conocer la forma en que el Estado de Guatemala incluye en sus políticas públicas, la protección y atención de los derechos humanos en el tema migratorio, derivado de los compromisos

adquiridos mediante la firma y ratificación de convenios y tratados internacionales, así mismo las recomendaciones de los diferentes relatores en la materia que han hecho en cada visita al país.

Antes de describir los proyectos y planes en materia migratoria de Guatemala, vale la pena mencionar dos importantes instituciones del Estado que se encargan de la gestión migratoria a saber: el Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala creado en el año 2008 y el Centro de Atención al Migrante creado en el año 2006, los que desarrollan acciones vinculadas a temas migratorios.

El primero supervisa todas las acciones y entidades del Estado para la protección y atención de connacionales en el extranjero y sus familiares en Guatemala; y el segundo, brinda asistencia a deportados, detenidos y familiares de migrantes a través de servicios de comunicación gratuita como videoconferencias e internet, además, provee asistencia legal y apoyo en cuanto a oportunidades de empleo para deportados.

El Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración da a conocer datos estadísticos en cuanto a la atención al migrante en Guatemala y debido a su posición geográfica, se ha convertido en un país de tránsito de migrantes de Centroamérica, América Latina, África y Asia que buscan un camino hacia Norteamérica. Según datos de UNICEF (Fondo de la Naciones

Unidas para la Infancia), en 2013 Guatemala era hogar de 72,764 migrantes internacionales (sólo 0.47% de la población total), principalmente de El Salvador, México, EEUU, Nicaragua y Honduras. Respecto a la migración en tránsito por Guatemala, las personas migrantes también sufren constantes asaltos y extorsiones, tanto por parte de organizaciones del crimen organizado como por parte de la Policía Nacional Civil, por tal situación se crea el Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala y el Centro de Atención al Migrante como un medio de protección para todas las personas que atraviesan situaciones migratorias y se enfrentan a la violencia o crimen organizado durante la travesía hacia su destino.

En materia migratoria, el Estado de Guatemala prioriza la atención al migrante guatemalteco en el exterior, el respeto a los derechos humanos y el impulso al proceso de la integración centroamericana. Como un apoyo a los connacionales en Estados Unidos, el Estado de Guatemala ha incrementado el número de consulados e implementado los consulados móviles para atender a los migrantes en asesorías y facilitación de documentos de identificación necesarios para poder realizar ciertos trámites en ese país.

Departamento de Control Migratorio, Dirección General de Migración – DGM-

El objetivo principal del Departamento de Control Migratorio, de la Dirección General de Migración –DGM-, es de realizar controles permanentes de todas las personas que ingresan y salen del territorio guatemalteco, con base al Código de Migración y su reglamento. Como parte de sus funciones están la de realizar operativos de control migratorio en lugares donde se localizan indocumentados.

Se encarga de coordinar con el grupo multisectorial del Ministerio de Relaciones Exteriores, la realización de operativos que buscan erradicar y evitar la trata de personas, el tráfico de niños y niñas. Dicho grupo multisectorial está conformado por la Policía Nacional Civil y el Ministerio Público. Además, la entidad en referencia, cuenta con un centro de atención o albergue para migrantes ubicado dentro de las mismas instalaciones del mismo.

El tráfico ilícito de migrantes como amenaza para la seguridad pública

No puede soslayarse que, a partir de los hechos del 11 de septiembre de 2001, el gobierno de Estados Unidos percibió que su seguridad interior era amenazada por situaciones gestadas desde el exterior, por lo que esta doctrina se exportó y replicó en forma automática a nivel mundial en el sentido que cualquier supuesta amenaza a la seguridad debía ser incluida y

encarada en cada país dentro del marco de implementación de una especie de estrategia global de combate al terrorismo que se asoció al fenómeno de migración.

Esta percepción norteamericana es la responsable de fomentar la percepción de que las personas migrantes representan una amenaza para la seguridad nacional y pública, lo que ha desembocado que se replique a lo largo y ancho de sus fronteras teniendo como corolario el fenómeno de exportación a los países de la región centroamericana y México encontrándose en cada uno de ellos peculiaridades con sus propios matices.

Por lo consiguiente, esta imposición ha propiciado que el fenómeno de la migración irregular se incluya como prioridad a ser considerada dentro de la agenda de combate al terrorismo, tráfico de drogas y de armas a nivel regional. Esto incidió que, en la mayoría de los marcos jurídicos nacionales se criminalice y penalice a las personas migrantes en situación irregular, por ejemplo:

- a. En México, la Ley de Migración prevé la detención prolongada de las personas migrantes sin garantizar plenamente su acceso al debido proceso;
- b. En El Salvador, la Ley de Migración de 1958 y su Reglamento en vigor desde 2005 en conjunto regulan el control migratorio, ingreso y clasificación de extranjeros, registro de los extranjeros, emisión de pasaportes, visas y permisos. Si los migrantes en condición indocumentada

son detenidos por la Dirección General de Migración y Extranjería o por la División de Fronteras de la Policía Nacional Civil, son tratados como delincuentes por violar las disposiciones de la Ley de Migración;

c. En Nicaragua la Ley de Extranjería estipula que la Dirección de Migración y Extranjería puede declarar ilegal la permanencia de un extranjero y puede requerirlo para que abandone el país en un plazo determinado u ordenar su deportación con total discrecionalidad. Adicionalmente, estipula que queda prohibido a los dueños de negocios proporcionar alojamiento a los extranjeros ilegales y todo extranjero al que se le venza la visa de estadía será considerado inmigrante ilegal;

d. Costa Rica se caracteriza por tener una política migratoria que supedita el enfoque de derechos a la perspectiva de la seguridad pública, restricción de flujos y orden público.

La Ley de Migración aprobada en el 2006 establece una serie de artículos restrictivos al ingreso de migrantes, el otorgamiento de visas y cancelación de la permanencia legal y de la condición de refugiado por motivos de seguridad pública o cuando éstos, representaran amenazas para la seguridad del país;

e. Guatemala con el recién aprobado Código de Migración también regula en el artículo 41 la repatriación de migrantes víctimas y el artículo 46 la no devolución de la persona a quien se le niega el asilo, pero con notificación

a la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que obviamente implica hacerse cargo de la persona en tal situación.

La Carta Magna guatemalteca contiene el marco integral en el reconocimiento de los Derechos Humanos de todos los habitantes en el territorio nacional y garantiza el ejercicio y protección de los derechos individuales y sociales.

Tácitamente se reconoce la libertad de desplazamiento dentro del territorio guatemalteco, el poder entrar y salir del país, lo que importa tanto a la migración interna e internacional, pero, se estipula que estos derechos están limitados a las disposiciones legales, verbigracia, el arraigo, medidas de coerción en un proceso penal, eventos como: terremotos, disturbios, etcétera, que imponen los estados de emergencia.

Subyace en toda esta preocupación una supuesta estigmatización hacia el fenómeno migratorio bajo el paradigma del control y la criminalización del fenómeno de la migración y se visualiza como un riesgo latente para la seguridad de cada uno de los países, de manera que no privilegia la seguridad de la persona migrante, sino la seguridad del Estado, por lo que, si la víctima coopera, se le da una autorización para quedarse en el país, si no, se le deporta.

Posible solución para la aplicación del artículo 5 del protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar, aire y su aplicación en Guatemala.

Habiendo analizado anteriormente la finalidad para la que fue creado el presente protocolo, debe tenerse presente que no es un instrumento de protección de Derechos Humanos propiamente dicho, de esa cuenta es que su aplicación se circunscribe a las actividades ilícitas de índole transnacional que realice cualquier grupo delictivo especializado en este nivel, debe entenderse también que su implementación deriva de la preocupación que representa para los Estados la actividad generada por la migración.

De manera que si en un momento dado una persona es capturada por el hecho de ser parte de un grupo de personas que son movilizadas por quienes llevan a cabo el tráfico de migrantes.

El protocolo no somete a dichos migrantes a enjuiciamiento penal por el simple hecho de haber sido objeto de ese delito, impone al Estado donde se suscite la captura a que asuma la obligación de facilitar la repatriación velando porque se respeten los derechos y la dignidad de quienes han sido rescatados de dicho flagelo.

Por lo consiguiente, el protocolo demanda que se adopten todas las medidas apropiadas a fin de preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto del tráfico. Lo anterior deriva de la preocupación generada ante la cruda realidad en la que infinidad de migrantes han sufrido vejaciones e incluso hasta han perdido la vida en incidentes relacionados con el tráfico de personas tanto por vía terrestre como marítima a nivel mundial.

De esa cuenta es que los Estados tienen que tomar las medidas necesarias para tipificar no solo dicha conducta como delito y las penas sean drásticas para un castigo ejemplar a quienes cometen el delito de traficar con migrantes, ya que existe toda una red de personas que falsifican documentos, lugares donde los mantienen para no despertar sospechas, taxistas, micro buseros, etcétera.

Al mismo tiempo, tienen que ser incluidas como agravantes del delito aquellas circunstancias que ponen en peligro la vida o la seguridad de los migrantes, o, que desemboquen en un trato inhumano o degradante, ya que usualmente las mujeres son abusadas, violadas y sometidas a explotación.

El protocolo consultado demanda que se le otorgue el valor intrínseco que representa, para que a través de un enfoque amplio e internacional verdaderamente genere la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas para evitar los tratos inhumanos a los migrantes

y resguardar sus derechos fundamentales, máxime que este fenómeno no tiende a desaparecer ya que subyacen en el mismo toda una coyuntura por razones económicas, culturales, políticas, sociales y delictivas.

Aspectos de política criminal

El tipo base tiene un elemento subjetivo sui generis, lo que significa que en el caso de capturarse personas en la comisión del hecho, se tiene que demostrar que la conducta típica se realiza con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material. También en un momento dado se incluye la complicidad en el tráfico ilícito de migrantes, por quien interviene en la creación de un documento de viaje o de identidad falso y en el hecho que se permita que quien no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado se facilite su ingreso sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado.

Se tipifica como conducta agravante del sujeto activo en el momento que pone en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados o permita que se dé un trato inhumano degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

a. Tipo atenuado: se tipifica la tentativa para todas las conductas del tipo. El protocolo estipula que los delitos enunciados pueden cometerse en grado de tentativa. En el *iter criminis*, proceso que va desde que una o más personas toman la decisión de cometer un delito hasta su consumación, la tentativa es una forma imperfecta de ejecución del delito, que se manifiesta cuando el delito determinado comienza a ejecutarse, pero no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. En la forma más amplia, hay tentativa cuando el sujeto da principio de ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

b. Tipo agravado: se tipifica la conducta agravada cuando concurren las siguientes circunstancias: 1. Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados o; 2. Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

c. Ámbito espacial: a diferencia de la trata de personas, que podrá ser tanto de carácter internacional con dos o más Estados involucrados, como nacional, es decir dentro de las fronteras de un solo Estado, por definición el tráfico ilícito de migrantes tiene siempre carácter internacional. El delito de tráfico, así como el de trata de personas, representa un delito de tránsito,

y, por tanto, resulta pertinente determinar la jurisdicción de los Estados competentes para conocer el mismo.

En aplicación de la teoría de la ubicuidad, el delito se entiende cometido en todos los lugares en los que se haya realizado cualquiera de los elementos típicos de la acción. (<http://www.mpf.gob.ar/>)

No obstante, el artículo 15 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece que los Estados parte adoptaran las medidas necesarias para establecer su jurisdicción cuando los delitos del tráfico y la trata se cometan en su territorio, o se cometan a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada, conforme a sus leyes en el momento de la comisión de los delitos, Asimismo, los Estados parte podrán establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando el delito se cometa contra uno de sus nacionales; el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o el delito de participación en un grupo delictivo organizado se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio, y ello sin perjuicio del ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados parte de conformidad con su derecho interno.

La inoperatividad del enjuiciamiento

Es más que imperativo considerar la razón por la que el migrante no puede ser objeto de castigo o sanción penal, por el hecho de simplemente ser transportado a otro país y esto deriva de la particularidad de distinguir el hecho delictivo que es el *modus vivendi* del traficante, de la contravención llevada a cabo por el inmigrante irregular, la persecución penal no puede ensañarse de la misma manera hacia el sujeto pasivo.

Por esta razón es que el artículo 5 del protocolo en referencia regula que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de alguno de los delitos relacionados con el tráfico o con la documentación, tipificados en dicho instrumento. Lo que subyace es que, no puede penalizarse la migración irregular, sino el tráfico ilícito y sus delitos conexos, lo imperativo es castigar al traficante, no al migrante objeto del tráfico.

Aquí radica el meollo de la cuestión, si realmente los Estados están políticamente proclives a despenalizar la migración clandestina, ya que teniéndose presente que el hecho delictivo estriba en la facilitación de la entrada ilegal de una persona a un país, que atenta contra la soberanía y además no cuenta con autorización legal alguna, deviene imprescindible que en virtud del principio de legalidad, el ingreso clandestino de una

persona a un Estado del que no sea nacional ni residente permanente, se determine que esta acción no constituye delito.

El protocolo así lo dispone y la intención es que la responsabilidad penal no se diluya en valorar que el migrante irregular comete un delito por la falta de visa, la excepción no conlleva el ingreso clandestino propiamente dicho porque no constituye delito, sino, en tener presente la comisión de los delitos relacionados con el transporte y la facilitación que dio lugar a que ingresara al país. El punto es, si realmente los Estados están en condición de asumir esta postura sin que exista presión mediática o social, máxime cuando por circunstancias coyunturales hay migrantes que se involucran en hechos delictivos y por otra parte también se les estigmatiza, debe considerarse que este instrumento internacional que al momento que se ratifica automáticamente vincula su aplicación. Se resalta lo anterior porque si bien en los términos del protocolo la propia migración clandestina no constituye delito, la legislación nacional de numerosos países sí prevé penalidades por dicha conducta.

Por ejemplo, las sanciones contra los trabajadores migrantes en situación irregular se encuentran muy extendidas, tanto en los países de origen como de destino. Con respecto a los países de inmigración, se sancionan tanto la entrada o estancia irregular como el carácter irregular del empleo.

Las penas van desde multas a prisión, a la expulsión, acompañadas a veces por la prohibición parcial o permanente de residir en el territorio del país de empleo. En suma, los Estados de tránsito o destino concernidos que ratifiquen la convención y el protocolo deberán adecuar su derecho interno y eximir de responsabilidad penal al migrante objeto del tráfico.

La migración es un fenómeno que genera cambios en los procesos sociales, económicos y culturales, tanto en los países de origen como en los de destino de los migrantes. Por ello, es necesario contar con investigaciones profundas que den cuenta del fenómeno migratorio en sus múltiples dimensiones y contribuyan en la orientación de acciones futuras.

No es un secreto que en Guatemala la migración se da por la falta de oportunidades, falta de oferta de trabajo, la situación económica, la violencia generalizada, sumándose los desastres naturales. Pero lamentablemente el Estado a través de los entes obligados, no ha logrado hacer absolutamente nada al respecto, pues con los tímidos esfuerzos que supuestamente hace el Estado, solo se maquilla el problema para hacer creer a la población que se lucha contra tal fenómeno.

Por ello, es urgente y necesario que el Estado de Guatemala, a través del Organismo Ejecutivo, provea de empleo o cree fuentes de trabajo, para todos los ciudadanos guatemaltecos, a efecto que las personas tengan las mismas oportunidades económicas, sociales, culturales, etc.

Puesto que, teniéndose presente que la mayoría de guatemaltecos buscan como lugar de destino el país de Estados Unidos, pese a que allí se criminaliza el ser migrante, sin respetar los derechos de estas personas y sin tener conciencia del motivo que origina el dejar a su familia y países en busca de un sueño mejor.

No se respeta el artículo 5 del protocolo referido, que establece la no criminalización de los migrantes, pero como Estados Unidos es la potencia mundial, quien se le opone a contradecir sus normas internas, aunque sean contrarias a los convenios de las naciones unidas.

Claro está que si un migrante ha cometido delito en país distinto del de su origen, merece ser sancionado y perseguido penalmente, pero no puede serlo solo por el hecho de ser migrante y estar incluido dentro del orden establecido en el artículo 6 del protocolo referido, tales como el tráfico ilícito de migrantes, la creación de un documento de viaje o de identidad falso, la facilitación de dicho documento, la habilitación de una persona que no sea nacional o residente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido con los requisitos de ley, la tentativa a la comisión de los delitos mencionados con anterioridad, la participación como cómplices del mismo.

De modo que los países que incumplen abiertamente el protocolo en referencia, especialmente el artículo 5 objeto de análisis, deben ser sancionados por la institución internacional a cargo, pagando una cantidad económica, que puede ser destinada a la protección de los migrantes y a la lucha contra tal fenómeno, brindando apoyo económico y asesoría, para que los estados donde se da más la migración, puedan ofrecer mejores oportunidades a sus ciudadanos, para vivir decorosamente.

Conclusiones

El tráfico de migrantes es una actividad que atenta contra la dignidad de los seres humanos, no solo por el hecho que se lucra con una necesidad, sino que se vulneran derechos humanos en donde se involucran personas que laboran en instituciones estatales. De ahí la importancia por la propuesta del protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que representa un hito por la preocupación de combatir a nivel mundial este flagelo que pone en riesgo no solo a las personas que se ven involucradas, sino la propia seguridad territorial de los Estados y sus sociedades.

Lo preocupante es, si habrá una voluntad política por no castigar la migración irregular o clandestina, ya que del análisis al artículo 5 del protocolo en mención, se busca que en los casos en que se vean involucradas personas que se capturan por ingresar a cualquier Estado violando su soberanía y carecer además de la documentación legal respectiva, no se les imponga sanción penal alguna.

Por otra parte, es pertinente que la sociedad asuma el reto de no ver al migrante como un delincuente en potencia, que se erradique la estigmatización que tanto daño provoca, de ahí la importancia de socializar el contenido del protocolo objeto de análisis para una perspectiva más solidaria y humana de la sociedad.

Es necesario que en corto plazo se concrete a nivel mundial, la despenalización al migrante irregular y que realmente se enfatice el castigo a quienes de manera descarada están involucrados en el tráfico de personas, máxime en países que han endurecido su política migratoria por considerar a la migración como una amenaza real a su seguridad.

Referencias

Libros

- Bogan, Marcos. (1999). *Migraciones en Mesoamérica y la cuenca del Caribe: antecedentes, situación actual y perspectiva. Monografía Inédita*. Primera Edición. Mar de la Plata, Argentina.
- Cabanellas, Guillermo. (2005). *Diccionario jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta.
- De la Cueva, Mario. (1985). *Nuevo derecho mexicano del trabajo*. Tomo I. Décima ed. Actualizada por urbano Farias. Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, S.A.
- De Lomnitz, Larissa Adler. (1993). *Cómo sobreviven los marginados*. México. Siglo XXI editores.
- Arredondo Galván, Francisco Xavier. (2010). *Personas físicas nacionales y extranjeras, régimen jurídico*. 2da. Ed. México: Librería Porrúa.
- Vera Noriega, José Ángel. (2002). *Breve reseña de la situación de la migración en Guatemala. Mesa: Género y migración, 1º Encuentro mesoamericano de estudios de género, (28-31 de agosto del 2001)*. Guatemala.

Larios Ochaita, Carlos. (2004). *Derecho internacional privado*. 7^a. ed. Guatemala. F & G. Editores.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (<http://www.acnur.org>).

Ossorio, Manuel. (1986). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 1ra. ed. Buenos Aires: Argentina. Editorial Heliasta S.R.L.

Roque, Barcia. (1945). *Diccionario general etimológico de la lengua española*. Buenos Aires: Ed. Anaconda.

Xicará Pinto, Heber Ofir. (2015). *Casa del migrante Petén*. Tesis: Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Arquitectura. Guatemala.

Instituto de estudios y divulgación sobre Migración. UNICEF.

Legislación:

Asamblea Nacional Constituyente. (1986). *Constitución Política de la República de Guatemala*.

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

Congreso de la República de Guatemala. *Ley del Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala-CONAMIGUA-*. Decreto 44-2007.

Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. (1990). Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación Racial. (1965). Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convenio número 97. (1952) *Organización Internacional de Trabajo, relativo a los trabajadores migrantes.*

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Decreto Ley 34-83. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.* (1951). Adoptada en Ginebra, Suiza y aprobada en Guatemala mediante Decreto Ley 34-83, cuya fecha de adhesión es el 29 de marzo de 1983.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo. (1976). Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
(1966). Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (1999). Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas, contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (1998). Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
(1966). adoptado por medio de Resolución 2200 A (XXI) por la Asamblea General de las Naciones Unidad.

DOF. 21-04-2016. (2011). *Ley de Migración.* México.

Decreto Legislativo No. 2772 (1958). *Ley de Migración.* El Salvador.

Ley No. 154 (1993). *Ley de Extranjería.* Nicaragua.

Ley No. 8764. *Ley General de Migración y Extranjería.* Costa Rica.