

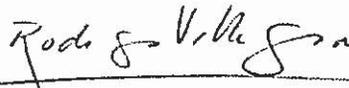
Guatemala, 15 de noviembre de 2013.
REF. DSCI-37-2013/RVS/iv

**Excelentísimo
Señor Ministro**

Tengo el honor de dirigirme a usted, con el objeto de solicitarle se sirva trasladar a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la Embajada de Guatemala en San José de Costa Rica, el escrito adjunto a la presente nota.

Dicho documento consiste en las **Respuestas por parte del Estado de Guatemala a las Preguntas Formuladas por el Juez Eduardo Vio Grossi sobre la Solicitud de Opinión Consultiva relacionada al tema de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes**, y consta de 13 folios, contando la presente hoja de traslado.

Agradeciendo su colaboración, me es grato reiterarle el testimonio de mi consideración y estima,



Rodrigo Villagrán Sandoval
Director de Seguimiento de Casos Internacionales
COPREDEH



**Señor Embajador
Luis Fernando Carrera Castro
Ministro de Relaciones Exteriores**

**Cc. Señor Embajador
Héctor Rolando Palacios Lima
Embajador de Guatemala en Costa Rica.**

Guatemala, 15 de noviembre de 2013.
REF. DSCI-37-2013/RVS/iv

Respuestas por parte del Estado de Guatemala a las Preguntas Formuladas por el Juez Eduardo Vio Grossi sobre la Solicitud de Opinión Consultiva relacionada al tema de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes.

RESUMEN

El Honorable Juez, Eduardo Vio Grossi, formulo una serie de preguntas a los Estados parte, Comisión Interamericana y Sociedad Civil durante su exposición formulada en la audiencia pública relacionada a la solicitud de opinión consultiva que fuera solicitada por los Estados del Mercosur, durante el 48 periodo extraordinario de sesiones de la Corte IDH, que se llevara a cabo en la Ciudad de México. Las preguntas y respuestas que se incluyen a continuación, son aquellas que el Estado logró identificar de la exposición que realizó el Honorable Juez Vio Grossi.

PREGUNTAS FORMULADAS EL PRIMER DÍA

1. Explicar la obligación del Estado referente a los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

El Estado de Guatemala es actualmente un país de origen, tránsito, destino y retorno de población migrante y en ese sentido, el compromiso del Gobierno guatemalteco es definir una política migratoria integral de pleno respeto a los derechos humanos sin importar la situación migratoria de las personas. Es prioridad del Gobierno de Guatemala en materia de Política Exterior continuar con los esfuerzos para atender, asistir y proteger a la comunidad guatemalteca radicada en el exterior y a aquellos que han emprendido su travesía migratoria.¹

En ese sentido, el Estado de Guatemala entiende su obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, como la acción de velar por el cuidado y protección especial que los niños necesitan por su falta de madurez física

¹ Caballeros Harold, Ministro de Relaciones Exteriores, Marco General de la Política Exterior de Guatemala 2012-2016, Presidente Otto Pérez Molina, Guatemala, abril de 2,012. Pág. 23

y mental, según establecen la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas² y el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño³: *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal"*.

La protección anteriormente referida, se otorga a los menores, específicamente por medio de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, dicha ley no hace distinción entre niños y adolescentes guatemaltecos o extranjeros, ni de su situación migratoria. En consecuencia, la ley protege a todos los menores que se encuentren en su territorio.

Para el efecto, la Ley anteriormente indicada establece lo siguiente:

"CONSIDERANDO:

Que nuestro país suscribió el 26 de enero de 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por el Congreso de la República el 10 de mayo del mismo año, y que dicho instrumento internacional proclama la necesidad de educar a la niñez y adolescencia en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, e igualdad, para que como sujetos de derechos se les permita ser protagonistas de su propio desarrollo, para el fortalecimiento del estado de derecho, la justicia, la paz y la democracia."

"ARTICULO 5. Interés de la niñez y la familia.

El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal."

En consecuencia, cuando se trata de niños, niñas o adolescentes migrantes, la obligación del Estado es, como se indicó en un principio, consiste en velar por el cuidado y protección especial que los niños necesitan por su falta de madurez física y mental, de conformidad con lo que establece la legislación, sin distinción de la

² Declaración de los Derechos del Niño, A.G. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959), Preámbulo.

³ Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo.

forma en que se trataría a los nacionales. Cada caso en específico debe ser resuelto y decidido por un juez competente en la materia (en este caso son jueces especializados, porque existe justicia especializada).

Es decir, el Estado asume su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en instrumentos interamericanos que se extienden a todas aquellas personas que independientemente de su status migratorio, se encuentran dentro del territorio del Estado, en virtud de ser parte del sistema regional, ya que las obligaciones derivadas de este se extienden a todos los seres humanos que se encuentran en el país.

2. Determinar si, ¿de la legislación se pueden determinar principios generales del derecho en materia de migración?

El Estado de Guatemala considera que de la legislación vigente en el país, pueden determinarse como principios generales del derecho en materia de migración los siguientes:

- Según el artículo 109 de la Ley de Migración, entrar o permanecer en el país sin autorización **no es un delito ni es penalizado, es más bien una falta:**

"ARTICULO 109.

Los extranjeros que ingresen o permanezcan en el país sin la autorización de la Dirección General de Migración, o sin haber cumplido con los requisitos previstos en la ley y su reglamento, serán sancionados con cualesquiera de las sanciones siguientes:

- a) *Multa;*
- b) *Deportación; y,*
- c) *Expulsión."*

- El artículo 110 de la Ley de Migración estipula que **no ha de asumirse la condición de migrante ilegal**, sino se debe de investigar tal extremo hasta que pueda probarse:

"ARTICULO 110.

La Dirección General de Migración al momento de sorprender a un extranjero que ingrese o permanezca en el país sin la autorización respectiva, deberá iniciar la

investigación correspondiente con el fin de establecer la identidad, origen y nacionalidad del mismo."

- El artículo 111 de la misma ley, establece que **no se debe privar de libertad** a los migrantes que carezcan de documentos o que hayan presuntamente ingresado al país sin las autorizaciones correspondientes, **sino que debe dárseles albergue** en lo que se determina su situación:

"ARTICULO 111.

La Dirección General de Migración en tanto se realiza la investigación relacionada podrá albergar a los extranjeros que carezcan de los documentos de viaje requeridos por la ley en centros destinados especialmente para este fin, los que deberán reunir condiciones que permitan una permanencia con apego y respeto a la dignidad humana.

Para el cumplimiento de estos fines, la Dirección General de Migración podrá crear o autorizar los centros de albergue necesarios cuya localización, seguridad y funcionamiento será materia del reglamento de esta ley. En caso necesario, la Dirección General de Migración podrá requerir el apoyo de instituciones y organizaciones de servicio social no lucrativas que trabajen en la atención de migrantes en tránsito en el territorio nacional."

- El artículo 113 de dicha ley prevé un **procedimiento preestablecido para que las personas puedan resolver su situación jurídica**, sin menoscabar ni perjudicar en sus derechos:

"ARTICULO 113.

Previo a la deportación, de un extranjero por las infracciones establecidas en el artículo anterior, la Dirección General de Migración deberá cumplir con el siguiente procedimiento:

- 1) Correr audiencia al interesado por un plazo máximo de 10 días;*
- 2) Recibir las pruebas propuestas dentro de los 5 días siguientes a su proposición;*
- y,*
- 3) Resolver su situación dentro de las 72 horas siguientes a la evacuación de la audiencia o a la recepción de la prueba.*

Serán admitidas como pruebas de descargo todas las previstas en el Código Procesal Civil y Mercantil."

Por otra parte, se debe de respetar el derecho de defensa y del debido proceso como está establecido en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el debido proceso legal se refiere "al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acción del Estado que pueda afectarlos. Los órganos estatales involucrados en un proceso, ya sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, deben respetar el debido proceso legal."⁴

La CIDH considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio *"El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo racione materiae sino también racione personae sin discriminación alguna."*⁵

Asimismo, la CIDH establece que es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.⁶

3. ¿Cuál es la regulación mínima que deriva de los principios generales del derecho?

La regulación mínima que deriva de los principios generales del derecho, según la legislación guatemalteca es esencialmente velar por el debido proceso, y que este sea proporcional al hecho.

Es decir, en primer lugar cuando se trata de niñas, niños y adolescentes migrantes, hay que velar por el interés superior del niño, en congruencia con la legislación nacional vigente para el efecto⁷.

⁴ La travesía Migración e infancia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) México, noviembre 2011. Pág. 15.

⁵ *Ibíd.*, P.15.

⁶ *Ibíd.*, P.15.

⁷ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003.

Segundo, no se debiera tipificar como delito el ingreso si autorización a un país, sino que debe considerarse como falta administrativa.

Tercero, debe existir un procedimiento previamente establecido, en el cual se le permita al interesado ejercer su derecho de defensa, la posibilidad de presentar los recursos disponibles en la jurisdicción interna, así como la asistencia legal e interpretación en caso sea necesaria. A su vez, ha de permitirse la comunicación con los representantes consulares de su país de origen.

Por último, las autoridades migratorias únicamente podrán albergar a los extranjeros que carezcan de los documentos de viaje requeridos por la ley en centros destinados especialmente para ese fin, no privarles de libertad en centros de detención preventiva en virtud que no han delinquido, sino se trata de una falta administrativa.

4. ¿Existe la obligación de escuchar y tomar en cuenta las opiniones de niños y niñas adolescentes?

De conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia vigente en Guatemala, sí existe la obligación de escuchar y tomar en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes.

Lo anterior se debe a que la legislación interna homologa el espíritu y las obligaciones adquiridas por el Estado al ratificar los convenios internacionales en la materia. La ley, establece específicamente que:

"ARTICULO 17. Petición.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a pedir ayuda y poner en conocimiento de cualquier autoridad en caso de violación o riesgo de violación de sus derechos, la que estará obligada a tomar las medidas pertinentes."

"ARTICULO 58. Garantías.

Los niños, niñas y adolescentes que soliciten o tengan el estatus de refugiado, retornado o desarraigado conforme los procedimientos nacionales o internacionales aplicables, tienen derecho de recibir, si están solos o acompañados de sus padres, algún pariente o cualquier persona, la protección y asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos plasmados en la Constitución Política de la República, la legislación interna y los convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por

Guatemala. Esta será efectiva durante el tiempo, forma y procedimientos que establezcan las leyes nacionales e Internacionales relativas a la materia."

"ARTICULO 116. Garantías procesales.

La niñez y la adolescencia amenazadas o violadas en sus derechos gozarán de las siguientes garantías procesales:

- a) Ser escuchado en su idioma en todas las etapas del proceso y que su opinión y versiones sean tomadas en cuenta y consideradas en la resolución que dicte el juzgado, debiendo en su caso, estar presente un intérprete.*
- b) No ser abrigado en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previo a agotar las demás opciones de colocación. Asimismo no podrán, bajo ninguna circunstancia, ser internados en instituciones destinadas a adolescentes en conflicto con la ley penal, incurriendo en responsabilidad los funcionarios que no cumplieren esta disposición.*
- c) Asistir a las audiencias judiciales programadas, acompañado por un trabajador social, psicólogo o cualquier otro profesional similar.*
- d) Recibir información clara y precisa en su idioma materno, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones de cada una de las decisiones.*
- e) Que todo procedimiento sea desarrollado sin demora.*
- f) La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución en la que se le determine la medida de protección, el juez le deberá explicar, de acuerdo a su edad y madurez, el motivo por el cual fue seleccionada esta medida.*
- g) Una jurisdicción especializada.*
- h) La discreción y reserva de las actuaciones.*
- i) Tener y seleccionar un intérprete cuando fuere el caso.*
- j) A no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que este sea objeto de maltrato o descuido.*
- k) A evitar que sea revictimizado al confrontarse con su agresor en cualquier etapa del proceso." (resaltado propio del inciso a).*

5. ¿Existe la prohibición de detención de niñas y niños?

La detención de migrantes menores de edad por la infracción a las normas migratorias es una situación que atenta directamente en contra de su derecho a la libertad. Por ello, la Asamblea General de Naciones Unidas ha instado a los Estados a "adoptar medidas efectivas para poner fin a los arrestos y detenciones arbitrarios de

migrantes y a tomar acción para prevenir y castigar cualquier forma de privación ilegal de la libertad de migrantes. ”⁸

Los derechos de los niños, niñas y los adolescentes afectados por la migración están protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) así como por el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos. Estos tratados deben ser cabalmente cumplidos por los Estados Parte, independientemente del estatus migratorio del niño, su origen, su nacionalidad o su edad.⁹

El artículo 37 de la CDN establece que la privación de la libertad de un niño sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y sólo en casos excepcionales. En cumplimiento de este artículo y del principio del interés superior del niño, por regla general no deberá privarse de libertad a los migrantes no acompañados menores de 18 años.¹⁰

Por lo anterior, el Estado de Guatemala en cumplimiento a sus obligaciones internacionales, ha establecido la prohibición de detención de niños y niñas. De conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley de Migración, a los niños únicamente se les puede albergar en centros destinados para ese fin, no privar de su libertad.

A la vez, la legislación contempla, el respeto a los principios generales del derecho, la doctrina y normativa internacional en esta materia en la forma que mejor garantice los derechos de los niños, niñas y adolescentes:

“ARTICULO 142. Garantías básicas y especiales.

Desde el inicio de la investigación y durante la tramitación del proceso judicial, a los adolescentes les serán respetadas las garantías procesales básicas para el juzgamiento de adultos, además, las que les correspondan por su condición especial. Se consideran fundamentales, las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, en los instrumentos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala y en las leyes relacionadas con la materia objeto de esta Ley...”

Adicionalmente, en el caso de adolescentes en conflicto con la ley penal, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece que:

“ARTICULO 159. Internamiento en centros especializados.

⁸ La travesía Migración e infancia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) México, noviembre 2011. Pág. 24.

⁹ *Ibíd.*, P.11.

¹⁰ *Ibíd.*, P.24.



En caso de ser sometidos a una sanción privativa de libertad, de manera provisional o definitiva, los adolescentes tendrán derecho a ser ubicados en un centro adecuado, exclusivo para adolescentes; no en uno destinado para personas adultas. Deberá garantizárseles un intérprete y que el juicio se desarrolle en su idioma tal como está previsto para los adultos."

6. ¿Qué sucede con los niños si se ordena la expulsión de sus padres?

En congruencia con la normativa nacional en materia de niñez y adolescencia como se ha indicado en las respuestas anteriores, el Estado está llamado a cumplir con su obligación de protección al priorizar el interés superior del niño.

En atención al principio de unidad familiar y de protección, las familias que vayan a ser repatriadas no deben ser separadas. El Derecho Internacional constriñe al Estado a garantizar el cumplimiento de tales principios, siempre y cuando así lo determine el interés superior de niño. Así pues, ante este escenario, los niños, las niñas y los adolescentes deben gozar de la protección de su familia o, en su defecto, tener acceso a servicios destinados a reunirlos con sus padres o sus tutores legales o las personas a su cargo tan rápido como sea posible. Asimismo, las instituciones que intervienen en la atención de niños, niñas y adolescentes deben cuidar que no sean separados de sus familiares a menos que sea necesario con el fin de asegurar su protección, es decir, primando el interés superior del niño.¹¹

Dicho lo anterior, cada caso deberá ser sometido al conocimiento de las autoridades competentes para poder determinar si es el interés superior del niño ser separado de sus padres al ser estos expulsados del territorio, o si se procura asegurar y respetar sus vínculos familiares, así como su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

En ese sentido, deberá tenerse siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez, como establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el artículo 116 que se citó con anterioridad.

¹¹ La travesía Migración e infancia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) México, noviembre 2011. Pág. 26.

7. ¿Qué interrogantes de esta opinión consultiva deberían ser materia de convención y no de la opinión?

El Estado de Guatemala considera que todas las interrogantes de esta opinión consultiva, deberían ser materia de convención. Pues, en una convención, se pueden desarrollar e implementar estándares internacionales con los que todos los Estados asumirían un mismo proceso para tratar los casos de menores migrantes, y una vez resueltos esos procesos, que deben ser iguales en todos los territorios miembros del sistema regional, se puede definir cuándo quedan los menores sujetos a los preceptos de las legislaciones nacionales. Produciendo así certeza jurídica para los migrantes que todos los procesos son uniformes y preestablecidos en los Estados y estableciendo los principios y garantías mínimas que deben de respetárseles a los niños cuando se encuentren en dicha situación.

SEGUNDO DÍA

1. Teniendo presentes los principios pro homine/ interés superior del niño.

Si la opinión consultiva debe pronunciarse sobre situaciones donde se prueba la utilización del régimen de preferencialización de migración de niños para justificar migración irregular de adultos.

El Estado de Guatemala considera que la solicitud de Opinión Consultiva fue planteada en el sentido de determinar únicamente los estándares, principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos de los niños y niñas migrantes.

Adicionalmente, si la opinión consultiva se pronunciara sobre situaciones donde se prueba la utilización del régimen de preferencialización de migración de niños para justificar migración irregular de adultos, estaría unilateralmente creando situaciones hipotéticas que posteriormente entrarían en conflicto con la normativa existente en cada Estado.

Es por ello que en respuestas anteriores se ha establecido que cada caso debe ser resuelto por las autoridades competentes en el tema de migración, y en el tema en particular, cada Estado determinará si da un régimen de preferencialización si el caso lo amerita, o no.

2. ¿Qué se debe de hacer referente a la migración en zonas fronterizas cuando las poblaciones tienen vida en común?

El Estado de Guatemala considera, como ha indicado con anterioridad, que la migración irregular no debe tenerse como delito sino como falta. En consecuencia, referente a la migración en zonas fronterizas cuando las poblaciones tienen vida en común, si los nacionales de otro territorio no portan todos los documentos requeridos para ingresar legalmente al territorio de otro Estado, de igual manera debe imponérseles la sanción administrativa correspondiente.

No obstante lo anterior, los Estados con zonas fronterizas cuyas poblaciones tengan vida en común son los indicados para poder hacer negociaciones, tratos, pactos o compromisos mediante los cuales los nacionales de uno y del otro puedan tener menores requisitos para ingresar legalmente a su territorio, o que incluso en ciertos casos puedan entrar y salir libremente de dichos Estados. Cada Estado colindante es quien debe pactar las condiciones de sus nacionales con los otros Estados, según la necesidad.

3. Migración como parte de la migración de un colectivo y qué implicaciones tiene (referente al traslado de las aldeas y los pueblos).

El Estado de Guatemala considera que la migración de aldeas y pueblos no debiera tener un trato especial o preferente. Toda persona está obligada a portar todos los documentos y permisos requeridos para ingresar a un territorio del que no es nacional.

Si se tratara de menores, miembros de un colectivo, como se ha indicado con anterioridad, ha de velarse por el interés superior del niño, según las disposiciones de cada legislación interna.

4. ¿Es necesario pronunciarse sobre la migración de los pueblos originarios?

Sí, es necesario pronunciarse sobre la migración de los pueblos originarios debido a la vulnerabilidad en que se encuentran las personas de origen étnico cuando

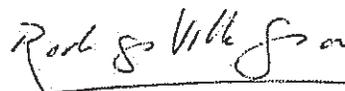
emigran a otro país, en el caso de los pueblos originarios guatemaltecos, muchos de los migrantes no hablan otros idiomas como el inglés o español. Los factores culturales y sociales, la pobreza, el racismo y la discriminación los ponen en una situación muy desventajosa.

Sin embargo, garantizar que no debe permitirse la discriminación de ninguna clase no exime a ningún individuo, sea miembro de un pueblo originario o no, de portar los documentos requeridos para ingresar legalmente a otro territorio.

5. Es necesario se pronuncie sobre la migración de los pueblos originarios que consideran propios y que abarcan más de dos Estados.

Respecto de esta interrogante, el Estado de Guatemala se pronuncia en el mismo sentido que en las preguntas 2 y 4 del segundo día en el presente cuestionario. Pues si bien considera de suma importancia que a ninguna persona se le vulneren sus derechos fundamentales ni permitir ningún tipo de discriminación, es importante establecer que por el hecho de ser originarios no están exentos de cumplir con la legislación vigente en su país ni en otros.

Es decir, si pueblos originarios tienen el deseo de emigrar a otras naciones, están obligados a portar todos los documentos que se requieren para ingresar legalmente a otro territorio.



Rodrigo Villagrán Sandoval
Director de Seguimiento de Casos Internacionales
COPREDEH

