**Taller virtual: “Las Instituciones del Derecho Penal y Niñez Migrantes no Acompañados"**

**Por: Claudia González (perfil de Claudia).**

**Esquema general: Introducción**

1. Los derechos de las personas e instituciones principales: los que veremos en el derecho penal y su procedimiento.

2. El derecho penal y el procedimiento penal: veremos las etapas del proceso penal.

3. Proceso de repatriación de niños, niñas y adolescentes migrantes: y los momentos relevantes para el derecho penal

4. Delitos: cuáles son los delitos relevantes durante un proceso de repatriación de personas. Estudiaremos la Ley de Migración, el Código Penal y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por aire mar y tierra.

**1.Los derechos de las personas e instituciones principales que pueden aplicarse**

1. Constitución Política de la República de Guatemala:

Vamos a empezar con el derecho y normas y para ello es imprescindible acerca de la noción de los elementos de la Constitución Política de la República de Guatemala y esa relación que tienen con el Derecho Internacional y que forman parte de las normas internas en Guatemala.

1. Tocaremos instituciones del Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil en relación con el Derecho Penal Guatemalteco.
2. Del Código Penal y del Código Procesal Penal
3. Leyes que aplican a personas migrantes cuando llegan a Guatemala:

* Ley de Migración
* Código Penal
* Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire

Como lo indiqué es importante establecer que la Constitución Política de la República de Guatemala es la ley suprema, es donde se reconocen todos los convenios y tratados internacionales, los cuales tienen preeminencia, es decir, tienen preferencia o privilegio para su aplicación cuando es en materia de **derechos humanos.**

Es por eso que vamos a conversar de la [Convención de Palermo](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf) ( Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos) los cuales como ya indiqué son reconocidos como partes de las leyes aplicables en Guatemala.

Es también importante hacer referencia a tres normativas que se relacionan con el derecho penal y el derecho procesal penal.

**Ley de protección integral de la niñez y adolescencia** **(“Ley PINA”)**

Debemos explicar la relación entre el derecho de familia y el derecho penal. Por ejemplo, el derecho de familia se presenta en el derecho penal cuando en una pareja de cónyuges en un caso de divorcio; en la vida real puede suceder que un cónyuge puede colocar una denuncia contra otro en el ámbito penal porque el otro no quiere el divorcio y poner una denuncia en el ámbito penal puede utilizarse para tener una causal del Código Civil para proceder con el divorcio.

Cuando se quiere tener custodia de un menor, por ejemplo, puede ponerse una denuncia en la que se indique que uno de los cónyuges agredió a uno de los hijos, y se acude al Juzgado de Niñez y adolescencia víctima para que un juez brinde protección, paralelo a lo que tiene que hacerse en un procedimiento civil en lo que se dilucida la custodia. Este es otro ejemplo de intersección entre el derecho procesal penal, civil y La ley de protección Integral de la niñez y adolescencia.

**2. Derecho Penal y Derecho Procesal Penal**

En este momento me voy a enfocar en el derecho penal y más en el derecho procesal penal. Explicaré qué tiempo lleva llevar un proceso penal.

Para eso es indispensable que se conozcan las funciones de las instituciones dentro del proceso penal, entre las cuales tenemos al [Ministerio de Gobernación,](https://mingob.gob.gt/) que tiene a su cargo varias unidades, la dirección de la [Policía Nacional Civil](https://mingob.gob.gt/category/noticias/policia-nacional-civil/), [Dirección General de Migración](https://mingob.gob.gt/category/noticias/migracion/), la emisión de licencias de conducir y todas estas instituciones que están a su cargo son las que apoyan en la investigación al [Ministerio Público](https://www.mp.gob.gt/), quien dirige la investigación de los delitos que se cometen. Por ahí es donde ingresan las denuncias penales, también procesa escenas del crimen, asiste a hospitales a recibir denuncias de violencia sexual, etcétera.

Otra institución importante son los [juzgados](http://www.oj.gob.gt/), de familia, laborales, penales y en el ámbito penal tenemos a los juzgados que controlan la legalidad de los trabajos de investigación que hace el Ministerio Público.

Otro importante es el [Instituto Nacional de Ciencia Forense (INACIF)](https://www.inacif.gob.gt/), quien no actúa de oficio y tiene como función dar peritajes psicológicos, balísticos, biológicos, ADN entre otros, que pueden ser utilizados en el ámbito de familia y en el ámbito penal.

Para entender un poco el proceso penal común, explicaré sus 5 fases, los principios que lo rigen el proceso son: la oralidad, publicidad, contradicción y concentración.

Los principios que rigen el proceso penal permiten que estas 5 etapas puedan hacerse rápidamente. ¿Quién puede participar?, aun cuando la víctima no quiera participar, debe ser informada de las decisiones que tome el Ministerio Público, la víctima puede ser representada por un sujeto llamado querellante adhesivo que apoya al trabajo del Ministerio Público.

El [Instituto de la defensa pública penal](http://www.idpp.gob.gt/) es una institución que brinda defensa penal a las personas que no tienen la capacidad económica de pagar un abogado.

Tenemos al juez que es quien decide sobre los argumentos presentados entre el Ministerio Público y el abogado defensor.

Etapas del proceso penal:

1. La primera etapa es la etapa preparatoria (3-6 meses) el Ministerio Público puede investigar y presentar un acto conclusivo. (3 meses prisión preventiva, 6 meses sin preventiva pero hay plazo para presentar hechos)
2. Etapa de filtro: La segunda etapa, lleva un promedio entre 10 y 15 días donde el juez evaluará si hay fundamentos suficientes para que una persona pueda ser llevada a un juicio oral público o no
3. La tercera etapa del juicio es variable porque depende del número de pruebas y de situaciones a discutir. Puede variar entre 1 semana y si son varios sindicados hasta 1 mes en casos comunes 1 semana.
4. La cuarta etapa es la de impugnación, se presenta cuando cualquiera de las partes ha obtenido una sentencia condenatoria o absolutoria y puede presentar apelación ante 3 magistrados de la sala. Después pueden impugnar vía casación ante la cámara penal de la Corte Suprema de Justicia.
5. La etapa de ejecución es cuando se da cumplimiento a la sentencia.

En la vida real de la etapa preparatoria al intermedio puede pasar 1 año por diferentes circunstancias a esto se le llama **mora judicial** en Guatemala.

**Los antecedentes criminales en Guatemala: penales y policíacos**

Es importante hacer referencia a estos antecedentes criminales. Luego de un proceso o una detención surgen estos antecedentes.

En la Constitución Política de la República de Guatemala y en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad se establece el derecho a la información personal, y por ello luego se creó una ley que solo con autorización de la persona interesada se puede proporcionar su información.

Por eso los registros como antecedentes penales del Organismo Judicial y antecedentes policiacos de la Policía Nacional Civil de Guatemala que es donde queda cual es el delito cual es el juzgado, cuando se hace personalmente ante las instituciones información solo puede ser tramitada por un abogado o por los familiares del migrante, siempre y cuando tengan el Documento Personal de Identificación (DPI) original. De lo contrario no se puede dar la información. Por estos antecedentes, para poder ser borrados debe seguirse un trámite administrativo.

No pueden ser utilizados para juzgar otras conductas. Esta es la información que queda derivada de un proceso penal o detención.

[¿Quieres obtener antecedentes penales en línea? Haz click aquí.](https://cape.oj.gob.gt/#/login)

**3. Momentos en la repatriación de niños, niñas y adolescentes migrantes**

Es importante que conozcan cuales son las instituciones que participan cuando un migrante llega a Guatemala, las instituciones son el [Ministerio de Relaciones Exteriores](https://www.minex.gob.gt/), que coordina con la [Secretaría de Bienestar Social](https://www.sbs.gob.gt/), que está a cargo de menores.

También participa la Dirección General de Migración que tiene a su cargo el registro de personas a Guatemala, también la Procuraduría General de la Nación que acompaña a los niños, el [Ministerio de Salud](https://www.mspas.gob.gt/) quien brinda atención médica en casos que se requiera para el migrante.

Estas instituciones dependen del organismo ejecutivo, es decir de la Presidencia. Cuando ya intervienen conocen los jueces de la niñez y adolescencia víctima del Organismo Judicial quienes son los responsables de indicar con quienes van a estar los menores para su bienestar.

El proceso es lo mismo para un adulto, pero nos interesa ver al niño, niña o adolescente migrante.

Por ejemplo niño que se encuentra en EEUU tiene su primer contacto con el Ministerio de Relaciones Exteriores en Estados Unidos, se le entrevista y elabora un **acta administrativa** y ahí da el aviso de repatriación, aquí en la entrevista es un momento importante donde el niño depende de lo que diga puede resaltar hechos que le hayan sucedido y sean de interés para su caso.

Posteriormente viaja y es la Dirección General de Migración quien recibe y verifica los datos del acta administrativa.

Una vez registrado, pasan el acta de entrega a la [Procuraduría General de la Nación](https://www.pgn.gob.gt/) quien verifica los datos y acompaña al menor.

Para la atención primaria contamos con la Secretaria de Bienestar Social, quien brinda la **atención primaria y psicológica** para documentar cualquier situación de vulneración elabora un informe circunstanciado y nuevamente traslada el expediente del menor a la Procuraduría General de la Nación quien recibe el expediente y nuevamente puede entrevistar a la familia o al menor y ahí puede ver si hay alguna vulneración para la protección del menor.

1. Si no hay vulneración la Procuraduría General de la Nación puede acceder a la reunificación familiar con la familia Guatemala.
2. Si existe vulneración la Procuraduría General de la Nación traslada a un juez de niñez y adolescencia víctima y se sigue **proceso de ley PINA**, posteriormente a este proceso si se determina la existencia de un hecho penal, se certifica lo conducente y se denuncia al Ministerio Público, quien inicia el proceso penal.

Lo importante son los **momentos de entrevista** pues es ahí donde queda registrada la vulneración. Ahí se registra si existe una vulneración, si existe, qué pasó, cuál es el daño y documentar para la protección idónea del niño.

**4. Delitos**

Para poder entender cuales son esos actos relevantes para el derecho penal tenemos que presentarles cuáles son los tipos penales los cuales están contenidos en 3 normativas algunos delitos están en la Ley de migración otros en el Código Penal y otros en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

**Delitos relevantes en la Ley de Migración** (Decreto 95-98 y Reformas de nov. 2015)

La Ley de Migración, regula y establece los requisitos para la permanencia y para salir del país. Pero también incluye algunos delitos. Entre los delitos que quisiera explicar cuáles son:

1. tráfico ilícito de personas,
2. facilitación ilícita de permanencia,
3. facilitación ilícita de trabajadores migrantes.

Estos 3 tipos penales pueden ser sólo sujetos pasivos o víctimas personas extranjeras que ingresaron de manera ilegal a Guatemala y es para quien los comete personas no guatemaltecas.

Sin embargo, contamos con tráfico ilegal de guatemaltecos. Este nuevo tipo penal se dio en el 2015 a través de una reforma a la ley de migración porque se vio la necesidad de investigar a personas que cometen este tipo de delitos, al darle lectura al delito pueden identificar que todas estas acciones pueden ser cometidas por los ***“coyotes”*** o quienes promocionan el viaje para fuera del país. [Obtén la reforma a la ley de Migración haciendo click aquí.](http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20leyes/2015/pdfs/decretos/D10-2015.pdf)

Otro elemento importante en esta situación que pueden observar y que salió de esa reforma es que sancionan con prisión de **6-8 años inconmutable**. Es una pena bastante alta para los responsables.

En este tipo penal hay agravantes que se pueden cometer únicamente contra personas de nacionalidad guatemalteca, así lo establece la norma en el primer párrafo. La pena se aumentará si se llega a determinar si la persona es menor de edad o si es una mujer en estado de gravidez, también si alguna persona se logra poner en peligro su vida integridad o salud ya que se pueden utilizar medios o condiciones que causen sufrimientos físicos o mentales.

También se agrava si funcionarios públicos o notarios si facilitan que personas guatemaltecas sean víctimas de este delito.

Podemos establecer que el **sujeto activo** puede ser cualquier persona, no existe calificación especial, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, pero tiene que ser guatemalteco, el bien jurídico lo que se protege es la autonomía de la voluntad del migrante pero también se toma como que se violenta la soberanía del país cuando no se cumple con la ley de migración cuando no se cumple con los requisitos para salir o entrar a Guatemala.

Lugar: territorio nacional el elemento normativo nos remite a la ley de migración porque ahí tenemos que buscar los elementos del delito, el elemento subjetivo que es el hecho de que estas personas tienen un beneficio económico lucran para afectar a los migrantes.

Podemos observar que para que se pueda cometer este delito se tiene que captar, alojar u ocultar al migrante, trasladar, transportar, promover, favorecer, facilitar, guiar, ofrecer, instruir para poder llegar su fin. **Es un tema de planeación y coordinación.**

Lo más importante que se tiene que entender es que no debe cumplirse el fin, es un delito de mera conducta o actividad, no importa si llegó o no al destino, con un elemento del delito, una actividad se puede abrir un proceso penal y buscar a los responsables por su conducta.

La misma norma señala que hay una excepción de responsabilidad penal. Este delito no es aplicable a los migrantes, padres, tutores, responsables o familiares en grado de ley de los migrantes guatemaltecos.

No hay eximente de responsabilidad penal, cuando las personas indiquen que los migrantes pagaron o dieron consentimiento, esto **no exime de la responsabilidad penal.** Podemos establecer que este tipo penal se adapta con las reformas a lo que se establece en los convenios internacionales con referencia a la protección de migrantes.

**Delitos relevantes del Código Penal** (Decreto 17-73)**:**

Ahora haré referencia a los delitos contenidos en el Código Penal. En el 2009 hubo reformas a estos tipos penales para poner en armonía con convenios y tratados internacionales estos tipos penales para adaptarlos a una realidad que vivía el país.

1. Maltrato contra personas **menores de edad** (Artículo 150 bis).
2. Empleo de personas menores de edad en actividades laborales lesivas a su integridad y dignidad (Artículo 156 bis).

En estos casos podría aplicar, no es el delito específico a los migrantes, pero lo menciono porque podría aplicar si por ejemplo se coloca en un nivel de riesgo a un menor de edad.

1. Trata de personas, este delito si es especifico porque contempla la situación de los migrantes que son transportados en condiciones que pueden dar a fin una explotación o prostitución. (Artículo 202).

El sujeto activo debe de tener conocimiento y voluntad de que esta persona sufra por todas estas circunstancias. Ahora vemos cual es la conducta reprochable y es el hecho que puedan realizar la captación, traslado, retención, acogida y represión de una o más personas con fines de explotación.

El **bien jurídico tutelado** es la libertad.

En este tipo de delito no se puede condenar al migrante, no se necesita que hay un daño solo por el hecho de trasladarlo y recibirlo ya hay delito. No hay tentativa.

Este tipo penal es amplio pues el sujeto activo puede ser cualquier persona, mayor o menor de edad, hombre o mujer. No habla de nacionalidad cualquier persona puede ser sujeto pasivo del delito.

El elemento subjetivo es quien sufre, de una prostitución, explotación, servidumbre, pornografía, matrimonio forzado, o adopción irregular.

Es importante establecer que la sanción es muy severa, puede ser sancionado de 8-18 años por cometer este delito. No se puede exculpar de responsabilidad penal, aunque las víctimas hayan pagado o accedido inicialmente el viaje.

1. Remuneración por la trata de personas: Darse cuenta de que se agrava la pena si el delito se comete a personas de 14 y mas si es a personas menores de 10. Se agrava la pena porque se pretende proteger a la niñez y adolescencia. Por eso es importante entender que por esos se agrava la pena. (Artículo 202 quáter).

El resultado en este tipo penal no es necesario que se concluya la explotación, simplemente con que haya un beneficio económico para terceros, o cualquier conducta típica pueden ser llevadas a un proceso penal.

**Delitos relevantes en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire**

Lo más importante que ha rescatado la normativa interna es cuál debe ser la responsabilidad del migrante. El artículo 5 señala que los migrantes no serán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo. Con relación a la víctima del delito de tráfico ilícito de migrantes no se puede tomar en cuenta que el consentimiento del migrante se reduzca o exima la responsabilidad el traficante.

Lo más importante del protocolo es que de alguna manera conoce los tipos penales de la delincuencia internacional que se benéfica económicamente cuando organiza y facilita la coordinación, permite el reclutamiento documentos falsos y alojamiento ilegal de personas para transportar personas de un lugar a otro.

El migrante, sus padres ni sus familiares pueden ser perseguidos penalmente.

**Preguntas frecuentes**

**¿Qué artículo de la Constitución Política de la República de Guatemala regula la jerarquía de normas internacionales en materia de Derechos Humanos?**

La Constitución Política de Guatemala regula la jerarquía de normas internacionales en materia de Derechos Humanos en el artículo 46.

El artículo reza: *“Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”*

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en varias ocasiones y explica la norma citada señalando que “en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerán estas últimas.” Gaceta No. 43, expediente No. 131-95, página No. 47, sentencia: 12-03-97.

**¿Qué significa mora judicial?**

La mora judicial puede definirse como el retraso por parte de los juzgados para el cumplimiento de los plazos de ley en las distintas fases procesales.

**¿Qué es la ley PINA?**

Es la ley para la protección integral de la niñez y adolescencia en Guatemala y está contenida en el decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

El artículo 1 de la ley nos explica para qué existe y señala que “es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.”

**¿Qué es un acta administrativa en Guatemala?**

Es un instrumento que documenta hechos, actos, decisiones y resoluciones extendido por alguna autoridad administrativa de la República de Guatemala.

**¿Qué atención primaria y psicológica brinda la Secretaría de Bienestar social?**

Atención psicológica y social a padres, madres y responsables de niñez y adolescencia con las siguientes problemáticas:

* Rebeldía y agresividad de la niña, niño y adolescente.
* Negligencia en el cuidado y protección del padre hacia la niña, niño y adolescente

Atención Especializada en la modalidad Ambulatoria a:

* Niñez y Adolescencia Víctimas de Violencia Sexual
* Niñez y Adolescencia Víctimas de Maltrato Infantil (Violencia física y psicológica)

Orientación a los padres, madres y responsables de niñas y adolescencia

* Aplicación del Programa Educando en Familia
* Asesoría a los padres en la situación educativa de sus hijos
* Referencias y seguimiento con instituciones estatales y organizaciones no gubernamentales para servicios específicos.

**¿Qué es una pena inconmutable en Guatemala?**

Es una pena que no puede ser reemplazada. Es decir, si la pena dicta prisión, no puede cambiarse por un pago de fianza.

**¿Quién es el sujeto activo de un delito en Guatemala?**

Es quien incurre en la conducta delictiva. Es la persona que será sujeta a la responsabilidad penal.

**¿Quién es el sujeto pasivo de un delito en Guatemala?**

Es el titular del bien jurídico tutelado, quien está en peligro de ser la víctima o es la víctima del delito.

**¿Qué es una eximente de responsabilidad penal en Guatemala?**

Es una circunstancia regulada en la ley que exonera o libera la responsabilidad penal del sujeto activo.

**¿Cuál es la minoría y mayoría de edad en Guatemala?**

La mayoría de edad se adquiere al cumplir los 18 años. Sin embargo para poder trabajar se adquiere al cumplir 14 años.

**¿Qué es un bien jurídico tutelado en Guatemala?**

Es lo que se protege con la regulación de un delito. Es decir, el valor fundamental del ser humano protegido por el ordenamiento jurídico.