

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



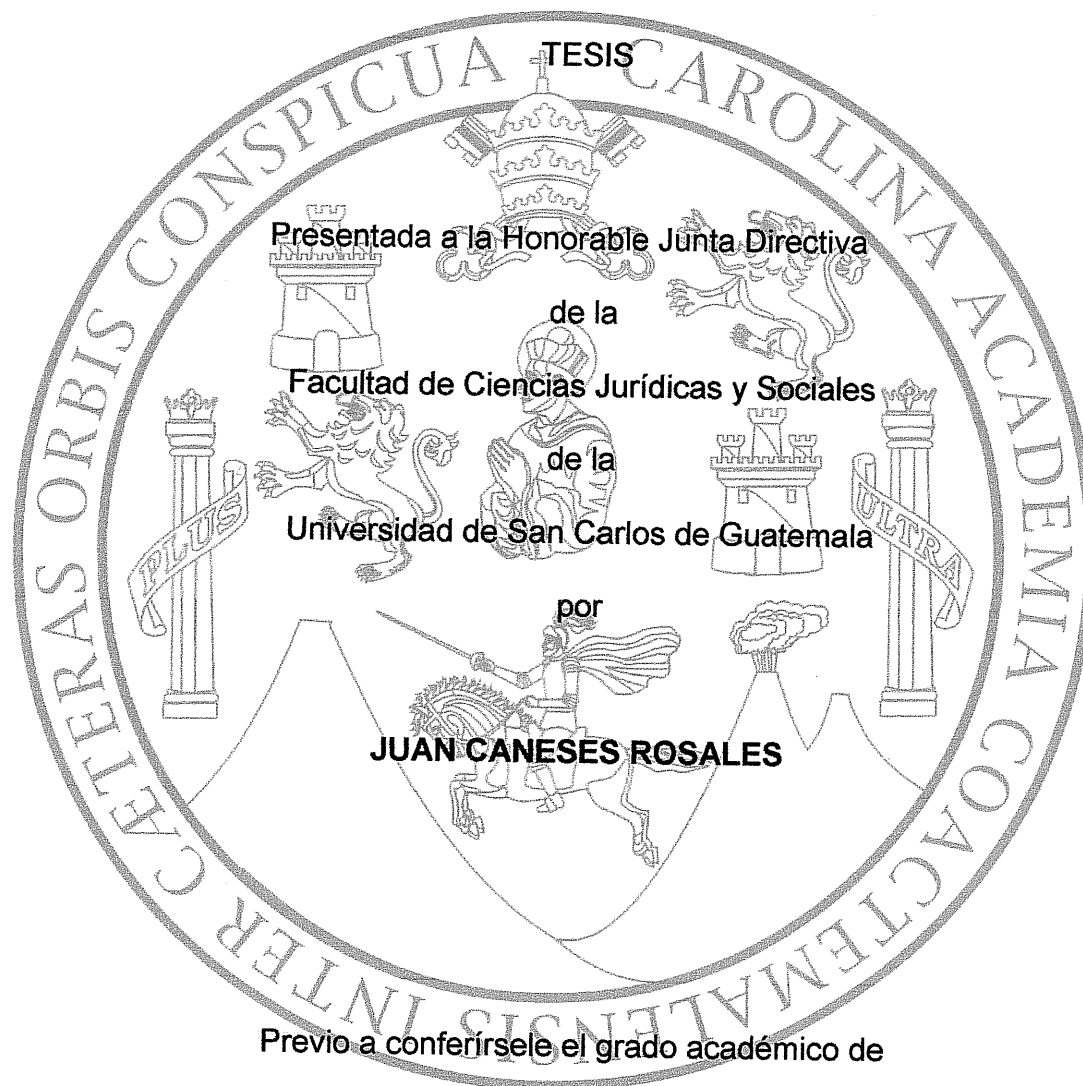
**LA NECESIDAD DEL ESTADO DE GUATEMALA DE GENERAR UNA POLÍTICA
CRIMINAL QUE PERMITA COMBATIR EL FENÓMENO DELICTIVO VINCULADO
CON LA MIGRACIÓN DE PERSONAS**

JUAN CANESES ROSALES

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**LA NECESIDAD DEL ESTADO DE GUATEMALA DE GENERAR UNA POLÍTICA
CRIMINAL QUE PERMITA COMBATIR EL FENÓMENO DELICTIVO VINCULADO
CON LA MIGRACIÓN DE PERSONAS**



LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

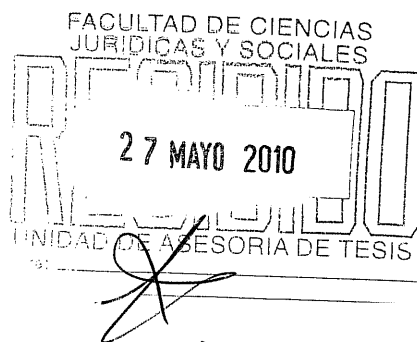
RAZÓN “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



LIC. ACXEL ABEL LÓPEZ MUÑOZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 4,561
2ª. Avenida 20-67 ZONA 1 CIUDAD DE GUATEMALA
TELÉFONO. 22329969 - 59312515

Guatemala, Mayo 04 de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

Me honra informarle que en cumplimiento de la resolución de esa unidad de fecha veintisiete de julio del año dos mil diez, por la cual se me otorga el nombramiento para **ASESOR** el trabajo de tesis de la Bachiller **JUAN CANESES ROSALES**, intitulado: **“LA NECESIDAD DEL ESTADO DE GUATEMALA DE GENERAR UNA POLÍTICA CRIMINAL QUE PERMITA COMBATIR EL FENÓMENO DELICTIVO VINCULADO CON LA MIGRACIÓN DE PERSONAS”**, procedí a la asesoría del trabajo de tesis en referencia.

Le asesoré en la investigación y en su oportunidad sugerí algunos métodos científicos que consideré que en su momento eran necesarios para mejorar la presente investigación. El tema está redactado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, al igual la utilización del derecho comparado, lo que hace de éste trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

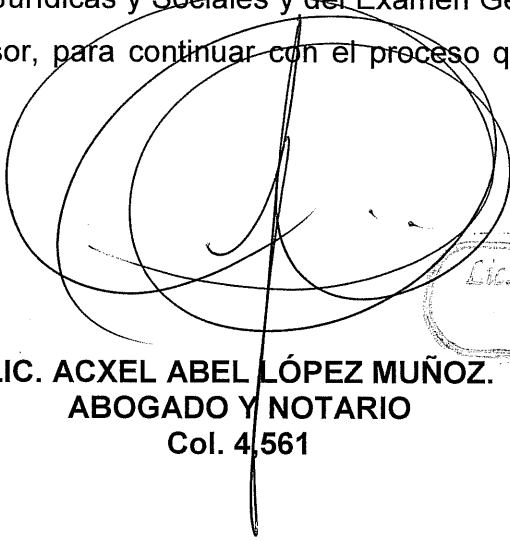
En tal virtud el contenido de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado



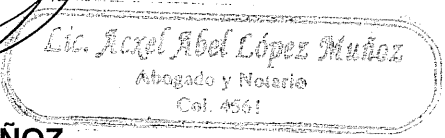
que el material es considerablemente actual y vanguardista, con lo cual el sustentante aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, por lo que pueden ser sometidos a su discusión y aprobación definitiva, pero en todo caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas. **Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas**, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario. En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por el bachiller **JUAN CANESES ROSALES**, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que puede nombrarse Revisor, para continuar con el proceso que manda el reglamento respectivo.



LIC. ACXEL ABEL LÓPEZ MUÑOZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 4,561



Lic. Acxel Abel López Muñoz
Abogado y Notario
Col. 4561

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dos junio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) BYRON RENATO DURÁN MENÉNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JUAN CANESES ROSALES, Intitulado: "LA NECESIDAD DEL ESTADO DE GUATEMALA DE GENERAR UNA POLÍTICA CRIMINAL QUE PERMITA COMBATIR EL FENÓMENO DELICTIVO VINCULADO CON LA MIGRACIÓN DE PERSONAS".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



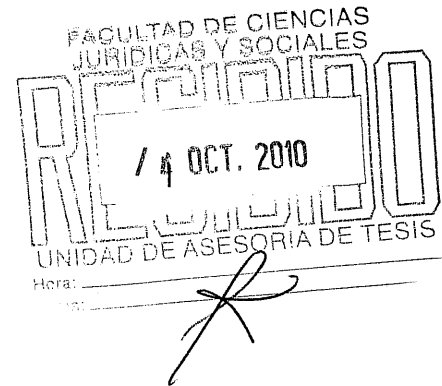
cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

LIC. BYRON RENATO DURAN MENENDEZ
Arco 3, Acceso "B" 10 calle 40-52 zona 5, Jardines de la Asunción
Ciudad de Guatemala
Teléfono: 23360125 - 54288904



Guatemala, 06 de julio del 2010

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA
Presente



Estimado Licenciado Castillo Lutín:

Por este medio me dirijo respetuosamente a usted, con el objeto de informarle que he dado debido cumplimiento a la providencia emanada de su Despacho, con fecha dos de junio del dos mil diez, mediante la cual se me designa para revisar el trabajo de tesis de graduación del Bachiller **JUAN CANESSES ROSALES**, denominado **“LA NECESIDAD DEL ESTADO DE GUATEMALA DE GENERAR UNA POLÍTICA CRIMINAL QUE PERMITA COMBATIR EL FENÓMENO DELICTIVO VINCULADO CON LA MIGRACIÓN DE PERSONAS”**, por lo cual le informo lo siguiente:

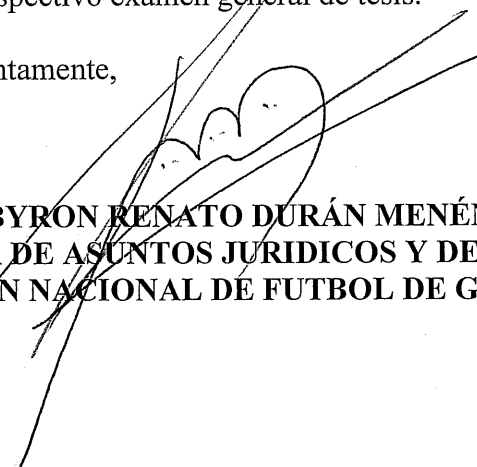
- a) Que realicé una revisión minuciosa de la monografía del bachiller Juan Caneses Rosales, estudiando toda la parte material en la cual el referido sustentante describe aspectos de interés sobre el tema que desarrolló, los cuales en la coyuntura no solo nacional, regional, sino también a nivel mundial, generan muchísimas expectativas, toda vez que abordar el fenómeno de la migración desde todas sus perspectivas, es imperativo, por cuanto genera efectos principalmente a nivel de quienes son víctimas de los grupos de delincuencia organizada que se aprovechan de la vulnerabilidad, necesidades, falta de oportunidades y ausencia de seguridad de quienes deciden emigrar y buscar un mejor futuro en otro país, constituyéndose en un grupo vulnerable hacia hechos delictivos que el Estado de Guatemala está obligado a investigar y perseguir, en protección al Estado de Derecho y en protección a las garantías fundamentales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, desde la misma Constitución Política de la República de Guatemala.
- b) Sin embargo lo anterior no puede realizarse, sino a través de la generación de una política criminal del Estado de Guatemala, para abordar y combatir ese fenómeno delictivo vinculado con la migración de personas, de ahí la importancia del trabajo realizado por el bachiller Juan Caneses Rosales, quien pone en perspectiva ese fenómeno migratorio de vista a las obligaciones del Estado de Guatemala de generar las políticas adecuadas para proveer a los guatemaltecos y extranjeros que se movilizan por nuestro territorio de seguridad y justicia.

LIC. BYRON RENATO DURAN MENENDEZ
Arco 3, Acceso "B" 10 calle 40-52 zona 5, Jardines de la Asunción
Ciudad de Guatemala
Teléfono: 23360125 - 54288904



- c) En congruencia con lo anterior, como revisor de tesis puedo asegurar que el sustentante hizo una adecuada y congruente exposición de las conclusiones y recomendaciones pertinentes al trabajo de investigación realizado, que abarca desde la recomendación que el Estado genere una política concreta de combate al fenómeno delictivo vinculado con la migración de personas, hasta el hecho de que debe existir un involucramiento del Sector Justicia y la Sociedad Civil para que con esos aportes se consoliden cambios de fondo en esa materia, generando diagnósticos criminológicos permanentes que sirvan de base para ir estableciendo una adecuada política criminal.
- d) En virtud de lo anterior, emito el correspondiente **DICTAMEN FAVORABLE** al presente trabajo de tesis, toda vez que fue desarrollado por el bachiller Juan Caneses Rosales cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de nuestra casa de estudios, siendo procedente que continúe su trámite respectivo para su discusión en el respectivo examen general de tesis.

Sin otro particular me suscribo de usted atentamente,


LIC. BYRON RENATO DURÁN MENÉNDEZ
DIRECTOR DE ASUNTOS JURIDICOS Y DEPORTIVOS
FEDERACIÓN NACIONAL DE FUTBOL DE GUATEMALA



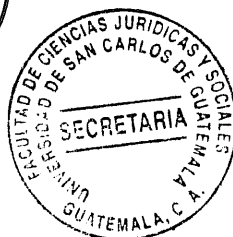
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de julio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JUAN CANESES ROSALES, Titulado LA NECESIDAD DEL ESTADO DE GUATEMALA DE GENERAR UNA POLÍTICA CRIMINAL QUE PERMITA COMBATIR EL FENÓMENO DELICTIVO VINCULADO CON LA MIGRACIÓN DE PERSONAS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

08071110R

CMCM/slh.





DEDICATORIA

A DIOS NUESTRO
SEÑOR:

Creador supremo, fuente de sabiduría; por haberme permitido la culminación de mis estudios

A MIS PADRES:

Jesús Rosales Ruiz de Caneses, por su amor, abnegación y consejos que me han guiado por el camino del bien, y a Moisés Caneses García, por sus incansables esfuerzos para llevarme hasta aquí

A MI ESPOSA:

Por el apoyo incondicional, cariño y su compañía en este largo camino de mi vida

A MIS HIJOS:

María Fernanda Caneses Ruíz y Cristian Fernando Caneses Ruíz, quienes son la fuente de mi inspiración

A LOS
PROFESIONALES

Licenciado Acxcel Abel López Muñoz y Byron Renato Durán Menéndez, mi agradecimiento por su colaboración en el presente trabajo de investigación

A MIS AMIGOS Y
AMIGAS

Mi cariño y agradecimiento por haber compartido conmigo los buenos y malos momentos

A:

LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, todo mi agradecimiento por sus sabias enseñanzas



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La migración como fenómeno humano.....	1
1.1 Antecedentes históricos de la migración humana.....	1
1.1.1 Migración prehistórica.....	3
1.1.2 La era de exploración y migración colonial.....	6
1.1.3 La revolución industrial y su impacto.....	12
1.1.4 Migración en épocas recientes.....	15
1.1.5 El surgimiento de los temas sobre migración temporal modernos.....	18
1.2 El surgimiento de las preocupaciones modernas sobre protección a refugiados.....	19
1.2.1 Definición de migración.....	20
1.2.2 Clases de tipologías de la migración.....	25
1.2.3 Términos utilizados para discutir la migración.....	27
1.2.4 La deportación.....	27
1.2.5 La expulsión.....	28

CAPÍTULO II

2. Política criminal.....	57
2.1 Política general del estado en materia criminal.....	57

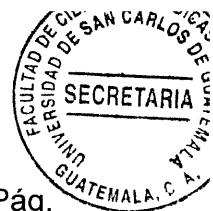


Pág.

2.1.1 La política criminal y un estado democrático de derecho.....	64
2.1.2 Características generales de una política criminal de un estado de derecho social y democrático.....	66
2.1.3 Los diferentes planteamientos políticos criminales existentes en la actualidad.....	70
2.1.4 Hacia una política criminal democrática.....	71
2.1.5 Política criminal y seguridad ciudadana.....	73
2.2 Política criminal y seguridad pública.....	81
2.2.1 Seguridad pública.....	82

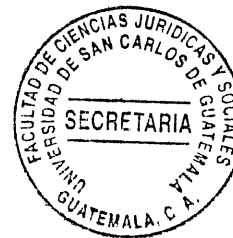
CAPÍTULO III

3. Análisis Jurídico doctrinario de los delitos que se vinculan con el fenómeno de la inmigración ilegal y su impacto en el país.....	97
3.1 Convenciones Internacionales relacionadas con el fenómeno de la migración ilegal.....	97
3.1.1 Esclavitud y trabajo forzado.....	98
3.1.2 Trata de personas.....	99
3.1.3 Migración.....	100
3.1.4 Regulación del fenómeno migratorio en Guatemala.....	101
3.1.5 En materia laboral.....	102
3.2 En relación con la trata de personas.....	104
3.2.1 De los delitos migratorios.....	107



Pág.

CONCLUSIONES.....	115
RECOMENDACIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	119



INTRODUCCIÓN

La necesidad del hombre de movilizarse de un lugar a otro, ha tenido como consecuencia el fenómeno de la migración, por motivos y circunstancias distintas, de acuerdo con el lugar y a las necesidades de desarrollo de la humanidad. Esto ha dado motivo a la creación de leyes y reglamentos que regulan el traslado de una persona o de un grupo de personas de un área geográfica determinada, a otra que tiene por objeto la estancia permanente o de paso. En la actualidad, tiempo de la globalización moderna, se han establecido convenios y acuerdos internacionales para regular la migración de un país a otro, tratando cada quien, de defender sus intereses económicos, sociales, políticos y, muchas veces, religiosos.

Cada país, dentro de su marco jurídico interno, se ha visto en la necesidad de crear leyes, contra los actos o hechos delictivos que se cometen como consecuencia del fenómeno migratorio, muchas veces sin tomar en cuenta los derechos humanos de cada individuo o grupo de individuos emigrantes que por necesidades de distinta índole abandonan su lugar de origen y su familia. Es por eso que en esta investigación se abordó “la necesidad del Estado de Guatemala de generar una política criminal que permita combatir el fenómeno delictivo, vinculado con la migración de personas”; teniendo como hipótesis: “La falta de una política criminal específica en materia de los delitos vinculados a la migración de las personas, ha hecho que dicho fenómeno aumente durante el período comprendido del 01 de junio de 2004 al 30 de junio 2009”, extremo que se comprobó en la sección de estadística de La Dirección General de Migración.

Dentro de este estudio se tuvo como objetivo general: Conocer, en la doctrina y en la legislación, tanto nacional como internacional, la importancia y necesidad de poseer una política criminal especial en materia de delitos vinculados a la migración de las personas; específicamente se investigó y determinó cuál es el contenido y objetivos de la política criminal en un estado; así como, determinar qué consecuencias jurídicas se derivan de la ausencia de una política criminal en materia específica de delitos vinculados a la migración de las personas y si la legislación guatemalteca, al no poseer una especial normativa en materia de delitos vinculados a la migración de las personas, vulnera normas constitucionales e, inclusive, compromisos internacionales legalmente adquiridos. Los



métodos utilizados son: científico y analítico, el que permite descomponer el todo en sus partes para estudiar cada una de éstas por separado, con la finalidad de descubrir la esencia del fenómeno, y viceversa. La técnica de investigación empleada fue la bibliográfica o documental.

En el primer capítulo, se aborda la migración como fenómeno humano y sus antecedentes históricos, en el cual se hace mención del desarrollo jurídico que ha tenido el tema de la migración a lo largo de la historia humana, con base en los convenios y acuerdos entre países y conforme al orden jurídico interno; en el segundo capítulo, se desarrolló la política criminal del Estado para coordinar, disciplinar y organizar la vida en la comunidad, como poder coercitivo: concretando sobre todo en sanciones, que constituyen uno de los medios para alcanzar su objetivo; el tercer capítulo contiene el tema investigado: análisis jurídico doctrinario de los delitos que se vinculan con el fenómeno de la inmigración ilegal y su impacto en el país.

Esta tesis ha sido desarrollada con el objetivo fundamental de realizar un análisis profundo de la política migratoria en Guatemala, en el aspecto criminal y fundamentalmente aportar a la institución migratoria, puntos importantes que generen un desarrollo social y económico que proteja al Estado de Guatemala; sin menoscabo del derecho de las personas, que de una u otra forma tienen que emigrar de Guatemala, sea en forma permanente o transitoria.



CAPÍTULO I

1. La migración como fenómeno humano

1.1 Antecedentes históricos de la migración humana

La movilidad territorial ha acompañado la evolución humana desde sus inicios. En ese sentido se puede afirmar que la migración es parte de la naturaleza humana aunque sus motivaciones han variado a lo largo de la historia. Así, durante la primera fase de la globalización se registraron grandes desplazamientos que desempeñaron un papel fundamental en la redefinición del mundo, pues implicaron la ocupación de nuevas tierras, la expansión económica y la formación de estados nacionales.

En la actual fase de la globalización, en cambio, se asiste a una situación paradójica, puesto que en un mundo más interconectado que nunca, y cuando los flujos financieros y de comercio se liberalizan con un ritmo inédito, la movilidad de las personas se enfrenta a fuertes barreras. “Como, pese a estas restricciones, la población continúa migrando, se hacen patentes diversos problemas, entre los que se destaca la vulneración de los derechos humanos de los migrantes”.¹

Basta con repasar la historia de la humanidad para comprender que la inmigración es un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma y que constituye además un hecho que ilustra como pocos, que la historia de la humanidad es una historia marcada por el dolor.

¹ Villa, Miguel y Jorge, Martínez Pizarro, **Ponencia sobre La migración internacional de latinoamericanos y caribeños en las Américas.** pág. 1.

Es suficiente con leer los informes de La organización de las naciones unidas, para darse cuenta que la inmigración es hoy uno de los grandes desafíos con los que se ven confrontadas las sociedades actuales. “Con razón, pues, expone el autor del tema de la inmigración como de un hecho político mayor que pone al desnudo los límites de nuestro orden social, económico, político, jurídico y cultural, en una palabra, las fronteras de exclusión de la democracia liberal imperante.”²

Si la inmigración revela esta otra cara de la historia de la humanidad es, fundamentalmente, porque es inmigración de gente pobre. Sobre este trasfondo se puede indicar, por tanto, que se tomó este término de inmigración no para designar la movilidad de los ejecutivos, de las personas de negocios de las grandes estrellas del deporte o de la cultura y ni siquiera de los estudiantes que se van de su país asegurados con una beca de estudios, sino para reservarlo como denominación de esos pobres de este mundo que sean refugiados, desplazados, exiliados o trabajadores extranjeros se ven obligados a emigrar para tratar de ganarse la vida o de asegurar sus vidas y la de sus familias en otro lugar (extraño).

En breve: “Inmigración indica la condición del pobre extranjero. Los historiadores sobre migración coinciden en que los flujos migratorios han sido, y continúan siendo, vectores importantes del cambio social, económico y cultural.”³ Aunque no es posible determinar de manera acertada cuántas personas fueron migrantes en un momento particular en la historia, existe evidencia de estilos de vida sedentaria y migratoria que coexistieron durante

2 Balibar E. Les frontières de la démocratie. Pág. 51.

3 Cf. Freijó, A., **El inmigrante y su realidad social**. Pág. 26.

todos los periodos de la historia mundial. ⁴ “En ese orden de ideas y a riesgo de sonar un poco redundante seguiremos la clasificación de la evolución histórica de la migración propuesta por la Comisión Internacional para las Migraciones (OIM), que a continuación se desarrolla”. ⁵

1.1.1. Migración prehistórica

Existe un amplio acuerdo entre los historiadores y antropólogos de que los cambios climáticos mayores pudieron haber provocado flujos migratorios a gran escala. La teoría de como se movilizaba la población prehistórica sobre la superficie de la tierra, ha ido evolucionando de acuerdo al avance de los descubrimientos y las tecnologías mas avanzadas, de esa forma mientras hace un par de décadas se especulaba sobre las migraciones prehistóricas en Europa, por ejemplo, argumentando que pudo haber movimientos hacia el sur para escapar de la extensión de las capas de hielo durante los periodos de glaciación, y migración de retorno hacia el norte después del derretimiento de los glaciares, y se pensaba haber encontrado evidencia de migraciones masivas virtualmente por todo el mundo.

Se cree, por ejemplo, que tanto en Norte como en Sudamérica se recibieron migrantes de Asia, en varias olas sucesivas por medio de un puente de masa continental a través de lo que actualmente es el estrecho de Bering, mitos y leyendas en muchas partes del mundo, a menudo refieren no sólo a ancestros que vinieron de lejos, sino también a los factores de expulsión (ejemplo, desastres naturales) que los llevaron a dejar su lugar de origen, o a los

⁴ Barrionuevo, Nery, **Migración e historia**, pág.101.

⁵ **Fundamentos de Gestión de la migración**, pág. 4.

factores de atracción (por ejemplo, la búsqueda de aventura). En cualquier caso, a menudo se hace referencia al conocimiento con el que llegaron o a las habilidades que trajeron consigo a sus nuevas localidades. Actualmente con la aplicación de los conocimientos genéticos al campo histórico algunos autores, que respaldan la teoría del origen del hombre en África en base a la teoría mitocondrial, a partir del hallazgo de un fósil femenino denominado eva, sitúan las primeras migraciones de nuestros antepasados homo sapiens, cerca de los setenta o cincuenta mil años, en ese sentido se ha dicho que de acuerdo a los datos elaborados en el laboratorio de Douglas C. Wallace (Titular de la cátedra de Genética Molecular, Universidad de Emory), Homo sapiens apareció en África hace unos 130,000 años. Migró hace unos 70,000 años a Asia y, desde Medio Oriente habría colonizado Europa hace unos 50,000 años.

Desde Asia habría pasado a América en diversas oleadas migratorias. Durante la primera hace unos 34,000 años se desplazaron por Siberia y Alaska y luego por América del Norte, Centroamérica y América del Sur (constituyen antepasados de los paleoíndios modernos como los pimas de Arizona, los mayas de México y los yanomamis de Venezuela). La segunda oleada hace unos 15,000 años procedente de Asia habría rodeado Siberia, posiblemente buscando la costa, hasta llegar a Alaska y dispersarse por toda América.

Se mezclaron allí con la población existente para dar lugar a los paleoíndios actuales de habla amerindia. La tercera oleada parte de Siberia hace unos 9,500 años constituyéndose en los fundadores del grupo lingüístico Nadéne (las tribus atabascas del noroeste de Canadá y Alaska, como los dogrib y los apaches y navajos del sudeste de los Estados Unidos). "Se considera que los esquimales y aleutianos se originaron de una cuarta

migración más reciente que los llevó de Siberia a Norteamérica.”⁶ En ese mismo sentido un equipo dirigido por la universidad de Bristol muestra que las condiciones húmedas se extendieron más al norte de lo que se había creído con anterioridad, proveyendo un pasillo húmedo a través de Libia para esas primeras migraciones humanas. Los resultados también ayudan a explicar las inconsistencias entre los hallazgos arqueológicos.

En tanto que se acepta ampliamente que los seres humanos modernos se originaron en el África Subsahariana hace entre 150,000 y 200,000 años, la ruta seguida en su dispersión a través del muy árido desierto del sahara sigue siendo objeto de discusión. El desierto del sahara cubre la mayor parte de África del Norte, y cruzarlo a pie es un verdadero reto, aún hoy con todo el equipamiento moderno más avanzado. Evidencias bien documentadas demuestran que hubo un aumento en las precipitaciones en toda la región sur del Sahara durante el último período interglaciar (hace entre 130,000 y 170,000 años). “El equipo de la universidad de Bristol, con colaboradores de las universidades de Southampton, Oxford, Hull y Trípoli (Libia), investigó si estas condiciones más húmedas habían alcanzado latitudes más al norte de lo que se creía”.

⁷Las similitudes en el lenguaje en un gran número de países en Asia y Europa apuntan a la dispersión gradual entre vastas distancias de personas de un mismo origen que compartieron un lenguaje Indoeuropeo original común. Movimientos de población importantes tuvieron lugar a través del mar, como en el caso de los aborígenes australianos, que viajaron del sur de Asia a través del sudeste asiático antes de llegar a la masa continental australiana. El sudeste de Asia también es visto como el punto de

⁶ ADN mitocondrial y migraciones. <http://fai.unne.edu.ar/biologia/evolucion>.

⁷ La primera migración humana fuera de África fue a través de Libia y no del valle del Nilo. <http://www.el-pasado.com/>

partida de otros dos flujos migratorios de larga distancia, uno de los cuales se dirigió al oeste y puede ser rastreado a Madagascar, mientras que el segundo fue hacia el este, hasta que llegó a las islas del Pacífico. El imperio Mongol, por ejemplo, comenzó con la conquista de China. Luego, conforme fue creciendo hacia el oeste, pavimentó el camino para vastos movimientos migratorios que alcanzaron el interior de Afganistán, Persia, Asia Menor, Siria, y gran parte de Europa del Este. “Pocos siglos después, la creación de otro poderoso imperio, el Otomano, estuvo acompañada por otros grandes flujos migratorios del Asia Central, a través de Asia Menor, culminando en la conquista de Constantinopla”.⁸ Estos grandes cambios de población no estuvieron restringidos a Asia o Europa. En África, se tiene conocimiento de que los Bantus dejaron su hogar original en África Central y se dispersaron hacia el oeste y después hacia África del Sur. Todas estas transferencias de población ayudaron a moldear el mundo moderno produciendo cambios profundos y duraderos en los estilos de vida, idioma y cultura, estructuras sociales y económicas, sistemas políticos y administrativos.

1.1.2. La era de exploración y migración colonial

“Los historiadores sobre migración coinciden en que un punto crucial en la historia de la migración ocurrió hace 500 años aproximadamente con los viajes realizados por los exploradores europeos y que llevaron inicialmente al descubrimiento de nuevos mundos, tales como las Américas y Asia, y después al desarrollo de esfuerzos coloniales.”⁹ Los factores más importantes que influenciaron la migración transoceánica fueron mercantiles y estratégicos. Todas las principales potencias económicas y políticas europeas compitieron

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. pág. 5.

⁹ Barrionuevo. *Ob. Cit.* pág. 103.

por el acceso a fuentes de abastecimiento de productos de gran demanda y por el control de ubicaciones estratégicas. Un número de factores se combinaron para crear las condiciones apropiadas para lo que estaba por convertirse en un flujo sin precedentes de migración transoceánica. La recopilación de conocimiento geográfico detallado y confiable, la producción de mapas exactos, la introducción de nueva tecnología, incluyendo instrumentos de navegación y barcos más grandes, seguros y rápidos, primero de velas y más tarde impulsados por vapor.

Un gran número de hombres y mujeres fueron a las Américas, luego a Asia y África como migrantes/pobladores. Algunas de estas personas ya se habían desplazado de un país a otro dentro de Europa. Convictos, soldados, granjeros, comerciantes, artesanos, administradores y sacerdotes emigraron y sirvieron a las crecientes empresas de comercio, minería y agricultura. En los países donde se llevó a cabo la práctica de la esclavitud de las poblaciones africanas, la dominación de portugueses, ingleses, belgas, holandeses, franceses, árabes, italianos, españoles, y en menor medida de alemanes y norteamericanos, bloquea el proceso histórico del desarrollo de los pueblos sometidos, incluso del propio; “cuando no, procedió a la eliminación paulatina o radical de las culturas autóctonas e impuso nuevos tipos de relaciones en el seno de ellas, haciendo de su estructura social algo mucho más complejo, y suscitó, fomentó, exaspera o resolvió contradicciones y conflictos sociales entre las distintas etnias del continente africano”.¹⁰

Los árabes por ejemplo, habían dominado el tráfico de esclavos durante las primeras décadas del siglo XV, y conocido mucho antes. El declive de este monopolio en manos de

10 Ramírez Vidal, Luís Alfonso. **Judíos portugueses en la trata africana**, pág. 23.

los árabes, deviene cuando los navíos portugueses, en el fondo primera ponencia ultramarina y esclavista, poco a poco avanzan por las costas atlánticas de África y se van haciendo dueños del mercado. Tal vez esta sea una las causas por la cual los primeros esclavos llegados a América eran del norte de África, seguramente muchos de ellos islamizados. Conforme las necesidades de la producción se incrementaron en las nuevas colonias, la escasez de mano de obra se satisfacía a través del desarrollo de una completamente nueva clase de migración internacional: el comercio de esclavos. Algunos investigadores consideran que la migración laboral moderna comenzó en ese momento. “Los primeros barcos de esclavos navegaron de Europa a las Indias Occidentales a mediados del siglo dieciséis y por los siguientes dos siglos, aproximadamente 15 millones de esclavos fueron transportados a las Américas, con otros yendo al Caribe y al Océano Índico”.¹¹

Durante ese período, el trabajo de los esclavos fue crucial en el cultivo de productos agrícolas como el algodón, tabaco y azúcar, así como a la extracción de metales preciosos. El comercio de esclavos fue organizado sobre la base de un patrón triangular. Los barcos rentados transportarían productos manufacturados especialmente pistolas hacia fábricas o lugares comerciales fortificados a lo largo de la costa, en donde serían intercambiados por esclavos secuestrados por comerciantes locales. Los esclavos después serían llevados y vendidos a poblaciones coloniales en Norte o Sudamérica, con frecuencia con la pérdida de la vida en el camino. “El dinero de las ventas sería entonces utilizado en la compra de productos agrícolas para su viaje de regreso. La esclavización de los indígenas fue la primera.”¹²

¹¹ Ibid. pág. 25.

¹² Cáceres Gómez, Rina. **Rutas de la esclavitud en África y América Latina.** pág. 53.

De hecho en América tenemos dos momentos de esclavización. Siempre olvidamos la primera, que fue la de los indígenas, y eso ocurre en los primeros 100 años. Desde la llegada de Cristóbal Colón, en 1492, hasta 1542, tenemos unos 50 años aproximadamente de explotación indígena y de un armado y estructurado mercado de mano de obra de indígenas, que eran vendidos a diferentes regiones. Particularmente grave era el caso de Nicaragua y México. Se vendían a las islas del Caribe o a Perú.

Cuando Leonardo Da Vinci pintaba La Última Cena y Miguel Ángel el juicio final en la capilla sixtina, tres historias paralelas empezaban a desarrollarse más allá de los mares. Por un lado la América indígena, convulsionada por la conquista, las enfermedades y los desplazamientos forzados, daba paso a una paz relativa, en 1542 con la promulgación de las leyes nuevas que habían suspendido por lo menos de manera oficial la esclavización y la venta de los indígenas. “Después de 1542 hubo protección de la mano de obra indígena sobre todo por los impuestos, porque en esa época se pagaban impuestos por cabeza y al disminuir la cantidad de indígenas, disminuían los ingresos de la corona, entonces había un asunto económico de por medio, no sólo moral o ético”.¹³

Todo lo que vemos en el caso de México como pueblos indígenas, Coyoacán, y San Ángel, fueron pueblos artificiales, fueron moviendo población indígena de otras áreas e instalándola allí, en un sistema de una absoluta violencia. Las malas condiciones de vida continúan a lo largo del período colonial. El trato dependía de dos cosas: del tipo de economía y del cuerpo jurídico que protegía a la persona esclavizada. En el caso de América Latina nos encontramos diferentes tipos de economía: la de plantación típica de

13 Ibid. pág. 16.

Jamaica por ejemplo y las economías extensivas de América continental. Sin embargo, hubo casos de plantaciones con mano de obra esclavizada en México, Guatemala, Venezuela, Colombia en los lugares de extensa minería como Colombia y Venezuela encontramos un abuso, un uso mayor de la violencia. Por eso uno puede explicar también los levantamientos en las zonas mineras. En el caso de las zonas bajo influencia hispana se les da una serie de derechos, de instrumentos jurídicos a partir del cual se podía desarrollar algún tipo de defensa en caso de maltrato físico, violencia exagerada. “No siempre estuvieron en manos de esas personas esclavizadas o tuvieron conocimiento, pero tenemos ejemplos en el caso de Guatemala y Costa Rica que solicitaron cambio de amo por los abusos físicos”.¹⁴

Por otro lado, en África, y como resultado de conflictos políticos y nuevos proyectos económicos, cientos de trabajadores eran vendidos como esclavos para las plantaciones azucareras de las Madeiras, Sao Tome y Príncipe. En el medio, un cúmulo de pequeños y medianos negociantes, lo mismo que un puñado de firmas comerciales y casas de banco europeas, como “La real compañía de guinea y la south sea company, se apresuraban a instaurar las grandes compañías de compra y venta de trabajadores esclavizados”.¹⁵

Habría que recordar por qué fue que llegó la mano de obra africana en condición de esclavitud. Los empresarios por utilizar un término contemporáneo, compraban mano de obra africana esclavizada en el momento del derrumbe demográfico indígena, eso ocurre en el siglo XVI y XVII. No había capacidad demográfica para los proyectos coloniales ni

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Moreno Fragnais, Manuel. *África en América Latina*. pág. 156.

para la explotación agrícola ni minera. Al avanzar el siglo XVI y simultáneamente el derrumbe demográfico indígena que en muchos lugares acabo con casi el 75% de la población, el movimiento esclavista fue revertido de África hacia tierras americanas. Esta Historia se extendió hasta finales del siglo XIX, cuatrocientos años después cuando Brasil y Cuba terminaron con la práctica de la esclavitud en los años finales de ese siglo. “Pero el tráfico ilegal siguió hasta 1870 en su mayoría provenientes de Senegal, Nigeria, Congo-Angola, y Mozambique, en el movimiento migratorio forado mas amplio y violento de la historia”.¹⁶

Después de la abolición del comercio de esclavos a mediados del siglo diecinueve, emergió otro sistema de migración laboral/trabajo contractual/contratado. En teoría, las personas contratadas eran trabajadores que habían aceptado un contrato para trabajar por un período específico de tiempo en el extranjero. En la práctica, su condición no era distinta a la de un esclavo e incluso algunas veces podría ser peor. “Los salarios eran pobres, la disciplina laboral era aplicada de forma dura, y los estándares generales de vida muy pobres”.¹⁷ Sic.

Trabajadores contratados mejor conocidos en Asia como culí o (trabajador o criado indígena), provenían principalmente de India y China, pero algunos eran traídos de las Islas del Pacífico para trabajar en plantíos australianos de caña de azúcar. Iban a distintos y dispersos destinos en las Indias Occidentales, África, América del Norte, Islas en el Océano Indico y el Sudeste Asiático, a trabajar en plantíos, a construir caminos y ferrocarriles, y a ofrecer servicio doméstico. Se estima que durante el siglo que siguió a la

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. pág. 12.

conclusión oficial de la esclavitud, más de 30 millones de esos trabajadores fueron llevados fuera del sub continente Indio. “Aproximadamente 24 millones regresaron a su hogar eventualmente. Los demás permanecieron como pobladores y sus descendientes conforman una proporción significativa de la diáspora india contemporánea en las Indias Occidentales y el Caribe”.¹⁸

1.1.3. La revolución industrial y su impacto

El surgimiento de nuevas tecnologías industriales, la mecanización de los medios de producción, y la consolidación de la actividad industrial, contribuyeron al desplazamiento de un gran número de personas. La práctica de contrato se fue descontinuando gradualmente a partir del fin del siglo diecinueve, pero la abundancia acumulada en Europa Occidental a través de la explotación colonial proveería la fundación de una revolución industrial que, en cambio, crearía el ímpetu para un período de actividad migratoria renovado e intenso.

Las fortunas instantáneas eran raramente alcanzadas, pero un amplio rango de oportunidades para mejoramiento económico estaba disponible en granjas y ranchos de ganado, en sitios de construcción de caminos y ferrocarriles, o en complejos industriales de rápido crecimiento. “Los trabajadores agrícolas y los comerciantes encontraron en la migración, si no una solución a su problema, al menos una esperanza para una”.¹⁹ Los números eran mayúsculos. Entre 1846 y 1890, alrededor de 17 millones dejaron Europa para dirigirse al Nuevo Mundo. De éstos, la gran mayoría provino de las Islas Británicas.

¹⁸ Barrionuevo **Ob. Cit.** pág. 108.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos **Ob. Cit.** pág. 18.

Esto fue en parte debido a que Inglaterra era uno de los primeros países en sentir el impacto de la revolución industrial y también porque un gran número de personas salió de Irlanda después de la hambruna de las patatas de 1845-47. Los territorios alemanes también proveyeron un gran número de migrantes en este periodo alrededor de 3.5 millones impulsados por la pobreza rural y las pérdidas periódicas de las cosechas. El clímax de la migración fue alrededor del cambio de siglo. Durante todo el periodo 1846 a 1939 más de 50 millones de personas habían abandonado Europa. “Los principales destinos fueron los Estados Unidos (38 millones); Canadá (7 millones); Argentina (7 millones); Brasil (4.6 millones); Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica (2.5 millones). Durante el mismo período, hubo una migración considerable dentro de Europa”.²⁰

Aún cuando había un número importante de personas saliendo de Europa, otros estaban llegando en busca de trabajo o asilo. Mientras la mayoría de los migrantes irlandeses se fueron a EEUU o Australia, aproximadamente 700,000 se fueron a Inglaterra, Gales o Escocia a encontrar empleo en las fábricas o en la construcción. Entre 1875 y 1914, 120,000 judíos huyeron de los pogromos en Rusia y encontraron asilo en Inglaterra. Flujos internos importantes de migrantes, principalmente de Polonia y Ucrania, se registraron en Alemania, en donde se colocaron como trabajadores agrícolas y tomaron el lugar de granjeros locales que habían encontrado algún empleo mejor remunerado en la industria pesada del valle de Ruhr. Muchos de estos migrantes trabajaron bajo contratos estrictamente limitados en tiempo, precursores de una generación posterior de trabajadores huéspedes. La fundación de los marcos administrativos y legales de la

²⁰ *Ibid.* pág. 22.

inmigración moderna estuvo sustentada en este período. El primer estatuto sobre inmigración general en los Estados Unidos fue aprobado por el Congreso en 1882 y reflejó un claro deseo por identificar con el más alto grado de precisión posible a aquellos que podrían y aquéllos que no podrían entrar al país. “Los criterios para el ingreso fueron diseñados y la ley prohibió específicamente el ingreso de convictos, personas enfermas, y personas que podrían convertirse en una carga pública. Australia y Canadá promulgaron una legislación similar”.²¹

A mediados del siglo XIX la población de Guatemala sumaba menos de un millón.²² La aplastante mayoría eran indígenas, nominalmente católica romana, no hablaba español y la influencia que había recibido de tres siglos de gobierno español era mínima. La independencia de España en 1821, había llevado al poder a un segmento elite de seguidores del pensamiento iluminista, que consideraba el fenómeno social indio como retrogrado, haragán y promiscuo.

De acuerdo con el símil de la época, el indigenismo marcó la infancia de Guatemala, que habría de madurar a una adultez que se nutría con una dieta europea. “En suma, si Guatemala iba a progresar, entonces se tenía que europeizar a los indios”.²³ Durante la década de los años treinta y estando en el poder de La federación centroamericana, el Doctor Mariano Gálvez, emprendido una recia remodelación de Guatemala, fomentó las migraciones europeas, incluso entre uno de sus errores mas destacados cedió territorios de las Verapaces, Livingston y Belice a comerciantes ingleses a cambio de 20 años de inmigración, fracaso igualmente el intento de la primera emigración Belga, resultando mas

21 Barrionuevo **Ob. Cit.** pág. 111.

22 Bradford Burns. E. **La pobreza del progreso.** pág. 117.

23 **Ibid.** pág. 119

exitosa la alemana, que vino a elevar la industria en el país. En 1834 el gobierno concedió casi todas las tierras públicas a compañías extranjeras a cambio de poblar las mismas. El área concedida cubría casi tres cuartas partes del territorio. Con la dictadura de Cerna, y luego la de Carrera, la iglesia Católica romana tenía un poder económico y político, que competía con el gobierno y que fue generando malestar en los miembros del partido liberal, que finalizaron con la revolución de 1871.

1.1.4. Migración en épocas recientes

“El período entre las dos guerras mundiales fue uno de migraciones internacionales reducidas”.²⁴ Esto se debió, en parte al estancamiento económico, y por otro lado al clima general de incertidumbre e inseguridad. En la depresión de 1930, los trabajadores migrantes eran vistos como competidores por trabajos escasos, y surgieron niveles de hostilidad en torno a ellos. “Los gobiernos de los países de destino respondieron introduciendo legislaciones en las que se autorizaba un estrecho control sobre los procedimientos de entrada, restringiendo posibilidades de empleo para extranjeros, e introduciendo estrictos castigos en contra del empleo de migrantes irregulares”.²⁵ Entre las décadas de 1940 y 1960 se daban migraciones en busca de una mejor instrucción escolar a lugares como la ciudad de Guatemala, Chiquimula, Quetzaltenango y Antigua Guatemala. También en busca de empleo. Bastantes trabajadores de la frutera procedían de Zacapa e Izabal, comenta. En los años recientes se dio otro fenómeno, la expulsión provocada por el conflicto armado. Muchas comunidades buscaron lugares más seguros, incluso en los países vecinos. Los censos levantados antes de 2002 permitían establecer

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos Ob. Cit. pág. 23.

25 Revista De fondo. En busca de una vida mejor. pág. 2.

las migraciones entre departamentos, no así entre municipios. Guatemala se mueve con una dinámica particular. Durante décadas, principalmente a partir de los años 1950, las migraciones temporales y permanentes en el territorio nacional tienen un flujo constante. “Se ha incrementado la cantidad de pobladores que dejan el área rural para incorporarse a la vida en los sectores urbanos o en los de producción agrícola para exportación (café, algodón, banano y azúcar)”.²⁶

El área metropolitana es un foco receptor de muchas de esas migraciones y, en consecuencia, ha tenido un amplio crecimiento. Para el año 2005, la municipalidad de Guatemala había registrado 245 asentamientos, formados por 27 mil 420 familias y 136 mil 870 personas. Esto no excluye que otras áreas del mencionado departamento reciban a personas procedentes de otras regiones. En cualquier país del mundo ocurren constantemente migraciones internas. La gran diferencia consiste en el hecho de si éstas son por motivos individuales o suceden de forma masiva como estrategias de sobrevivencia. “Son éstas últimas las que predominan en el caso de Guatemala”.²⁷

La Segunda guerra mundial se identifica a menudo como otro parteaguas importante en la historia de la migración. La devastación creada en Europa por la guerra contribuyó directa o indirectamente al desplazamiento dentro del continente de entre 1 y 2 millones de personas. Muchas de éstas fueron refugiadas que habían sido víctimas de persecución o que habían huido de cómo consecuencia de ello. Algunos encontraron un nuevo lugar de residencia en Europa. Inmediatamente después de la segunda guerra mundial, por ejemplo, el Gobierno Británico ofreció permisos de trabajo a 90,000 trabajadores de

²⁶ Revista Domingo **Ob. Cit.** pág. 2.

²⁷ **Ibid.**

campos de refugiados en varias ocasiones. “Otros se desplazaron a Bélgica, Francia y los Países Bajos”.²⁸ Un impacto permanente que la migración ha tenido en todos los países de destino ha sido los cambios sociales, conforme las sociedades homogéneas se han transformado y evolucionado en sociedades multiculturales complejas. “En algunos países esto ha sido visto como apropiado y aún deseable, mientras que en otros es sujeto de mucho debate. Puntos importantes”.²⁹

Una gran parte de las personas desplazadas por la segunda guerra mundial tomó ventaja de los programas de migración establecidos por los Estados Unidos, Canadá, Australia y Argentina. Estos países vieron la migración como una forma apropiada para incrementar su población y desde luego mejorar la capacidad de su fuerza de trabajo en un momento en que estos países deseaban tomar completa ventaja del auge económico de la posguerra. Poblar o perecer era una de las consignas utilizadas comúnmente por quienes proponían los programas de migración, para lanzar proyectos mayores de desarrollo de infraestructura, por ejemplo, presas, plantas hidroeléctricas, y sistemas de irrigación. Se desarrolló una industria de la migración para apoyar aspectos del proceso sobre migración a esos países, incluyendo la promoción, reclutamiento y selección, administración de esquemas de viaje altamente subsidiado y logístico de transportación. Se construyeron grandes centros de recepción y se establecieron programas de capacitación para facilitar el asentamiento inicial y la adaptación a una nueva vida y un nuevo trabajo. Europeos por separarse ellos mismos de su ambiente afectado por la guerra y comenzar nuevas vidas en el extranjero. Los criterios de legislación y de los programas fueron formulados específicamente para permitir la migración de Europa y restringir la migración de otras

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Ob. Cit. pág. 31.

²⁹ Ibid, pág. 33.

partes del mundo. A mediados de 1960, el número de solicitantes para inmigrar comenzó a decaer, y los criterios de selección se fueron ajustando gradualmente para permitir que se recibieran solicitudes de países no europeos. A mediados de 1970, los objetivos de los programas de migración habían sido ajustados para concentrarse menos en el origen étnico de los solicitantes y más en sus cualidades, habilidades y experiencia laboral. Tanto la estructura demográfica como la composición social de las sociedades receptoras se transformaron substancialmente. También es cierto que los estilos de vida y valores experimentaron un cambio significativo. Por el lado económico, las posiciones son más matizadas, pero el peso de opinión se inclina hacia la visión de que los países de destino se beneficiaron del crecimiento económico, y que los países de origen se ayudaron tanto de la migración de la fuerza laboral excedente como por las remesas que enviaban. “Ha habido mucho debate subsiguiente sobre el impacto neto de estos flujos migratorios en la estructura económica y social de los países involucrados”.³⁰

1.1.5. El surgimiento de los temas sobre migración temporal modernos

Los países altamente industrializados de Europa Occidental cambiaron a la fuerza de trabajo laboral en mayor o menor medida entre 1945 y 1973. Las economías europeas, después de un comienzo lento, encontraron su camino de regreso al crecimiento económico sólido. “La primera consecuencia de esto fue una desaceleración del flujo de emigrantes fuera de Europa y hacia los países tradicionales de destino, y una promoción a una reubicación activa dentro de la región europea de trabajadores que buscaban tomar ventaja de la creación rápida de trabajo en países como Alemania, Francia, Bélgica y

³⁰ Ibid. pág. 36.



Suiza”.³¹ Algunos trabajadores fueron reclutados bajo los términos de acuerdos bilaterales formales; muchos más se movilizaron de forma espontánea. Los trabajadores huéspedes, a medida que los identificaban, fueron sujetos de condiciones estrictas para su entrada, residencia y empleo. La temporalidad de estancia, cambio de empleo y unión familiar estaban estrechamente reguladas, aunque de vez en cuando se introdujeron algunas concesiones. El objetivo político prevaleciente fue satisfacer las necesidades del mercado laboral, especialmente en los sectores no calificados o semi calificados, y se consideró que esto se satisfacía de mejor manera a través de contratos de trabajo por períodos definidos, seguidos por el retorno a sus lugares de origen. “La migración permanente no era considerada deseable o necesaria”.³²

La integración entre la fuerza laboral fue un objetivo aceptado, pero no así la integración social más amplia. Los regímenes de trabajo por temporada se adherían a lo que fuera posible. Al final, sin embargo, resultó imposible prevenir que todos los trabajadores huéspedes obtuvieran residencia o estatus de reunificación con sus cónyuges y dependientes, y el tema de integración de los trabajadores dentro de la comunidad receptora se convirtió en un asunto político sensible.

1.2 El surgimiento de las preocupaciones modernas sobre protección a refugiados

Los refugiados no son migrantes en un sentido usual ya que ellos se movilizan a través de compulsión, y no sobre la base de una elección significativa, y su objetivo inmediato es buscar protección, no como un resultado de la migración. Los refugiados también se

31 Bradford Burns. E. **La pobreza del Progreso**. pág. 122.

32 Barrionuevo, Nery. **Ob. Cit.** Pág. 131.

movilizan dentro de un flujo mixto más amplio que incluye los movimientos forzados y los voluntarios. Existen muy pocos canales legales viables para la migración regular, y las personas que no son refugiados buscan encontrar países de su elección a través de los canales de asilo debido a que a menudo es la única entrada posible abierta efectivamente para ellos. La línea entre el migrante y el solicitante de asilo, de manera progresiva se desvanece en la mente pública, tal como la distinción entre el control migratorio y la protección a refugiados en las políticas de los estados. El dilema para los gobiernos es más intenso conforme la conducta migratoria pasa a ser más prevaleciente y globalizada.

1.2.1 Definición de migración

Acción y efecto de pasar de un lugar a otro para establecerse en él. Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales. ³³

“Esta definición no logra conglobar lo que este concepto, migración, significa para la raza humana, el intento por dotar al estudio de las migraciones humanas de un estatuto científico ha sido un objeto nunca abandonado desde que, a fines del siglo XIX, el demógrafo inglés Ernest George Ravenstein hiciera de conocimiento público sus leyes de la migración”. ³⁴

Sin embargo la experiencia de pretender estudiar este fenómeno desde una perspectiva eminentemente teórica desde un escritorio, en estos días resulta impensable; “la migración es un fenómeno multifacético y de interés multidisciplinario, lo que ha contribuido

³³ Diccionario de La Lengua Española Real Academia Española. pág. 1504.

³⁴ E. G. Ravenstein, *The Laws of migration*” journal of the Royal Statistical Society, traducido por Jorge Ramos.

a su exploración bibliografía múltiple, demógrafos, sociólogos, antropólogos, juristas etc”.³⁵

Migración es un término que ha sido utilizado para describir el movimiento de personas en contextos y situaciones muy diferentes, incluyendo invasiones, conquistas, desplazamientos forzados por conflictos armados, por desastres naturales, por motivos mercantiles, asentamientos coloniales, e incluso esclavitud. “La comprensión más familiar y moderna de la migración, como el movimiento de individuos o familias generalmente con propósitos económicos o sociales, se ha convertido en la primera referencia en el uso contemporáneo”.³⁶

El término genérico migración cubre un amplio rango de conductas que pueden o no ser relevantes al concepto de migración tal como es comprendido actualmente por muchas personas o como está definido en el derecho internacional y otras regulaciones. Las referencias genéricas a la migración a menudo se refieren tanto a reubicaciones de población permanente como a hábitos nómadas de existencia construidos alrededor de cambios periódicos en los lugares de residencia.

Los hábitos nómadas podrían ser movimientos pendulares (generalmente de naturaleza temporal) a partir de una base más o menos fija, a un punto específico y de regreso, o circuitos o itinerarios definidos de forma menos precisa, por ejemplo, para buscar alimentación o llevar a cabo actividades de intercambio comercial. Definiciones como migración y, por extensión, migrante, están construidas a partir de distintos contextos políticos, sociales, económicos o culturales, que pueden variar ampliamente. Existen variaciones reales en el significado social y económico del fenómeno de la migración, y

³⁵ Herrera Carassou, Roberto. **La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones**. pág. 9.

³⁶ Barrionuevo Nery, **Migración e historia**. pág. 9.

una tipología de la migración puede desarrollarse sobre la base de varias distinciones. “La política migratoria y la administración de la migración serán influenciadas por las distinciones que se elijan para apoyar las definiciones de trabajo”.³⁷

La tipología de las migraciones desde la óptica de la ciencia social, más que una definición, este tipo de fenómenos humanos es más propio de abordar desde una tipología entendiendo esta como: Clasificación sistemática de fenómenos en grupos que tienen características comunes. “Una tipología resulta de hacer distinciones que crean grupos separados en un rango de fenómenos relacionados. Las tipologías facilitan el análisis y comprensión de las complejas realidades de la migración”.³⁸

Desde un punto de vista geográfico, la migración es el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política, con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen. Otra distinción puede hacerse entre país de origen o lugar de partida, y el país de destino o lugar de arribo. Además, la migración no siempre ocurre directamente entre el punto de origen y punto de destino, sino que incluye uno o más países de tránsito. Visto desde un punto de vista humano, cualquier persona que deja su país con la intención de residir en otro, se llama emigrante. En el nuevo país, esa persona será considerada como un inmigrante, o se le otorgará una designación similar que estará determinada bajo las leyes nacionales debido a que cada estado enmarca sus propias leyes de inmigración. “El término migrante es más general que emigrante o inmigrante,

37 Organización Internacional para las Migraciones, **Fundamentos de gestión de La migración**. pág. 15.

38 Herrera Carazo, Roberto. **Ob. Cit.** pág. 23.

debido a que no especifica la dirección del movimiento”.³⁹ La migración tiene numerosas y variadas causas; y aún en un individuo, los motivos para migrar pueden ser mixtos y múltiples. Por ejemplo, los que buscan asilo pueden estar huyendo de persecución así como de la pobreza en su país de origen, o inclusive como se ha visto en estas últimas épocas en países de América Latina, entre ellos Guatemala donde ex-presidentes, huyen de la justicia y buscan refugio en estados como Panamá, en el caso de Jorge Serrano Elías, o de México en el de Alfonso Portillo.

Las distinciones entre el inmigrante y personas establecidas, migrante económico y buscadores de asilo, trabajadores extranjeros y personas de negocios que viajan, estudiantes y profesionales altamente calificados, son más confusos actualmente que hace una década. Los motivos y ambiciones individuales que ejercen influencia en la migración están interconectados con factores externos y presiones. Los ciudadanos altamente calificados de los países pobres pueden considerar la migración por dos razones. Pueden sentirse atraídos por “un mayor reconocimiento profesional y un mayor salario en otro país y, al mismo tiempo, pueden estar motivados por la oportunidad de contribuir al desarrollo de su país de origen a través de las remesas y la transferencia de habilidades”.⁴⁰

Una buena tipología no será construida de manera artificial alrededor de criterios abstractos; ofrecerá una explicación de la migración y se adaptará a un contexto particular. “Los siguientes puntos presentan observaciones y distinciones que pueden determinar una tipología de la migración”.⁴¹ Existen esfuerzos en muchas regiones para armonizar la terminología y definiciones y comprender cómo los términos son utilizados dentro de una

39 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), pág. 18.

40 Barrionuevo Nery, pág. 24.

41 Ibid. pág. 26.

región para facilitar el análisis de los datos y tendencias de la migración. El dar una definición que sea universalmente aceptada no es fácil y la presencia de una variedad de definiciones ha provocado que los criterios estadísticos varíen y produzcan datos que son difíciles de comparar.

Debe hacerse una distinción entre migración interna y migración internacional. La primera es un movimiento dentro del mismo país, de una unidad administrativa, como una región, provincia, o municipalidad, a otra. En contraste, la migración internacional involucra el cruce de una o varias fronteras internacionales, lo que resulta en un cambio en el estatus legal del individuo. La migración internacional también incluye movimientos de refugiados, personas desplazadas, y otras personas forzadas a dejar su país. Podría faltar una distinción rápida y contundente entre migración interna e internacional, debido a que la internacional puede incluir distancias muy cortas y poblaciones culturalmente similares, mientras que la interna puede cubrir grandes distancias y conllevar el contacto entre poblaciones marcadamente diferentes.

En algunos casos excepcionales, las propias fronteras pueden migrar. Como ejemplo de esto tenemos que con los fenómenos políticos económicos que se vivieron al final del siglo pasado la desintegración de la Unión Soviética transformó a varios millones de migrantes internos a migrantes internacionales. Los rusos en Estonia o Tajikstán, que dejaron su región de origen como migrantes internos en la URSS se han convertido en extranjeros en los nuevos estados independientes. Las desintegraciones de Checoslovaquia o la federación de Yugoslavia son otros ejemplos. La migración internacional se convierte en inmigración o emigración, dependiendo en cómo el país de destino o país de origen sea

considerado. Existen dos direcciones involucradas en la suma total de la gente que se desplaza de un lugar a otro, flujo migratorio; flujo hacia fuera o emigración y flujo hacia adentro o inmigración.

El término migrante puede designar a una persona que, de manera voluntaria y por razones personales, se desplaza desde su lugar de origen a un destino en particular con la intención de establecer residencia sin que sea obligado a hacerlo. Esta definición selecciona la naturaleza voluntaria del movimiento como el criterio para definir ese concepto. La misma incluye las personas que se desplazan de manera regular e irregular, esto es, sin que tengan posesión de documentación válida, como pasaporte con una visa, un permiso de trabajo, o de residencia. Las personas que viajan de vacaciones, en viaje de negocios, por tratamiento médico, o por peregrinaje, generalmente no son considerados como migrantes, aunque su movimiento es voluntario, “toda vez que no pretenden establecer una residencia habitual en el lugar de destino”.⁴² “La migración puede ser temporal o permanente, dependiendo de la duración de la ausencia del lugar de origen y la duración de la estadía en el lugar de destino”.⁴³

1.2.2 Clases de tipologías de la migración

Las tipologías utilizadas para categorizar el fenómeno de la migración son extremadamente amplias. Muchos profesionales de la migración han abordado el tema de desarrollar una tipología integral de la migración. “El resultado es una variedad de enfoques: geográficos, demográficos, sociológicos, políticos, legales, o

⁴² Organización Internacional para las Migraciones (OIM), pág. 23.

⁴³ Ibid. pág. 25.

multidisciplinarios”.⁴⁴ Una tipología social y cultural se integra de acuerdo con una serie de características del migrante: género, estado civil, edad, calificación profesional, antecedentes étnicos, o preferencias religiosas. Las razones para la migración también pueden formar la base para una tipología de la migración. La migración puede ser provocada por razones económicas, comerciales o técnicas, factores ambientales, o desintegración económica. La migración también puede ser provocada por razones demográficas: migración familiar, de gente joven y jubilados, y de reemplazo. La migración puede ser provocada por cuestiones políticas: movimientos de refugio, migración colonial o heredada dentro de pares de migración o por repatriaciones. Cualquiera de estas razones podría combinarse para producir tipos compuestos de migración. Una tipología legal es también importante para la migración. Una situación regular y legal implica el acceso al mercado laboral del país anfitrión, elegibilidad para asistencia social y médica, y ciertos derechos cívicos, tales como el derecho a votar en elecciones locales.

En contraste, un migrante en una situación irregular puede ser sujeto a detención, expulsión, deportación, enjuiciamiento, y también estar más expuesto a violaciones a sus derechos humanos. Las medidas legales varían de un país al siguiente. Las diferencias incluyen reglas sobre el acceso al mercado laboral, regulaciones en el acceso a las políticas de nacionalidad y naturalización en el país anfitrión, y en la determinación del estado de refugiado o reunificación familiar.⁴⁵ “Una distinción tipológica básica puede realizarse entre poblaciones emigrantes establecidas y aquellos que entran y salen por un determinado punto en el tiempo”.

44 Un esfuerzo por construir tipologías de las migraciones, pág. 35.

45 Ibid. pág. 42.

1.2.3 Términos utilizados para discutir la migración

Los términos utilizados para discutir la migración van de acuerdo a las circunstancias del momento histórico que se vive y de conformidad a las disposiciones políticas y económicas del lugar que se trate.

1.2.4 La deportación

Se refiere al acto de un Estado por medio del cual saca a una persona que no es su ciudadano de su territorio después de que se le negó la admisión o que se le terminó el permiso para permanecer en él. Considerando que la migración de retorno puede ser espontánea o asistida (y por lo tanto incorpora un elemento de volición), la deportación es la ejecución real de la remoción.⁴⁶

Para Guatemala un país en donde un alto número de familias depende de las llamadas remesas del extranjero, principalmente de Estados Unidos que ha tomado una política de expulsión de indocumentados que incluso amenazó con la creación de un muro de contención de migrantes. En ese sentido a continuación se transcribe una nota periodística que aborda el tema: Guatemala: Deportaciones de guatemaltecos desde EE. UU. Alcanzó cifra récord en el 2008. Se calcula que viven 1.2 millones de guatemaltecos, el 60 por ciento de ellos en condición de indocumentados. El año 2008 concluyó con una cifra record de guatemaltecos deportados de Estados Unidos, pero con una notoria disminución de repatriados de México en comparación con 2007, según las estadísticas de la Dirección

46 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), pág. 51.

General de Migración (DGM), durante el año 2008 fueron deportados un total de 28,051 indocumentados guatemaltecos del territorio estadounidense, una cifra histórica, de acuerdo con la institución. En el 2007 las deportaciones de inmigrantes guatemaltecos desde ese país alcanzaron la cifra de 23,062.

Según la Dirección General de Migración, del total de deportados en el año 2008 de Estados Unidos, 24,213 fueron hombres, 2,968 mujeres y el resto menores de edad. Mientras que en el 2007 fueron 19,107 hombres, 2,853 mujeres y 1,102 menores de edad. De acuerdo con la institución, en 2009 las deportaciones de guatemaltecos de territorio mexicano bajaron de forma notoria, pues de las 49,475 que fueron deportadas en el 2008, el año pasado llegó a 36,364 repatriaciones. Estos guatemaltecos buscaban alcanzar el denominado sueño americano y se sumaron a otros 41,532 centroamericanos que fueron deportados de México a sus respectivos países.

En los Estados Unidos se calcula que viven 1.2 millones de guatemaltecos, el 60 por ciento de ellos en condición de indocumentados, de acuerdo con la cancillería de Guatemala. Unos 170,000 guatemaltecos intentan cada año cruzar el territorio mexicano para luego llegar a EE.UU., pero la mayoría no cumple su sueño, según las autoridades. EFE... (Escrito por: Ivete Duran Calderón, el 03 Enero 2009 -URL Permanente. El Pais.com).

1.2.5 La expulsión

Es el acto de informar sobre la prohibición de permanecer en el territorio de un Estado. “Una orden de expulsión se otorga, ya sea si el individuo entró ilegalmente o no está

autorizado para permanecer en ese Estado”.⁴⁷ a) Migración forzada es el movimiento no voluntario de una persona para escapar a un conflicto armado, situación de violencia, violación de sus derechos, desastre natural, o un desastre provocado por el hombre. Este término aplica a los movimientos de refugiados y a los intercambios forzados de poblaciones entre Estados.⁴⁸

b) Ingreso ilegal significa el cruce de las fronteras sin cumplir con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Migración irregular es el movimiento de una persona a un nuevo lugar de residencia o tránsito utilizando medios irregulares o ilegales, sin los documentos válidos o utilizando documentos fraudulentos. Este término también incluye el tráfico de migrantes.

c) Migración neta es el equilibrio que resulta de la diferencia entre las llegadas y salidas. Este equilibrio es llamado inmigración neta cuando los arribos exceden las salidas y emigración neta en el caso opuesto.

d) No admisión es el acto de informar sobre la prohibición para entrar al territorio del estado involucrado.

e) Migración ordenada es el movimiento de una persona de su lugar habitual de residencia a un nuevo lugar de residencia, cumpliendo con las leyes y regulaciones que rigen la salida del país de origen, el viaje, tránsito, e ingreso al país que recibe.

⁴⁷ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), pág. 55.

⁴⁸ Barrionuevo Nery, pág. 56.



f) Re emigración: Es el movimiento de una persona que, habiendo retornado a su país original de salida por algunos años, sale nuevamente por otro periodo u otro destino.

g) Repatriación: Es una subcategoría de migración de retorno que se refiere a los refugiados que regresan a sus lugares de origen, prisioneros de guerra bajo la Convención de Ginebra de 1949, civiles en tiempos de guerra, y diplomáticos en tiempos de crisis, de conformidad con las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961 y 1963 respectivamente.

h) Migración de retorno: Es el movimiento de una persona que regresa a su país de origen o residencia habitual después de permanecer al menos un año en otro país. En Guatemala el problema de los desplazados y los refugiados tiene plena vigencia aun después de trece años de la firma de los Acuerdos de Paz, al punto que, todavía se sigue citando esta problemática, en informes emitidos por organismos internacionales que sirven de fuente a periodistas nacionales y extranjeros a cita de ejemplo el último informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas Para Los Refugiados comentado por la prensa digital de noticias indica, en el mundo había al final de 2008 un total de 26 millones de personas que tuvieron que abandonar sus hogares debido a la violencia y los conflictos armados, una cifra que es similar a la de un año antes y la más alta desde principios de los 90, según se dio a conocer hoy.

El máximo responsable de la ONU para los refugiados, Antonio Gutiérrez, fue el encargado de dar a conocer el documento en una conferencia de prensa celebrada en Nueva York, y en la que también participó el subsecretario general de la ONU para Asuntos Humanitarios,

John Holmes. Según los datos del informe, los países con mayor número de refugiados internos fueron (con 4.9 millones), Colombia (con 4.3 millones) e Irak (con 2.8 millones). En todas las regiones del mundo, a excepción de África, las cifras de desplazados internos aumentaron o se mantuvieron al mismo nivel que en 2007.

En Latinoamérica se produjo un aumento de 7 por ciento, el informe atribuye a los efectos del conflicto interno en Colombia, donde en 2008 se registraron 300,000 nuevos desplazados. Además de Colombia, los otros países latinoamericanos con desplazados internos mencionados en el informe son Perú (150,000), México (21.000) y Guatemala, en donde el informe no logró precisar una cifra. Y aunque esta máxima autoridad en materia de refugiados no puede citar una cifra para el caso de Guatemala, lo que es sumamente preocupante, otras entidades aseguran que la misma es millonaria, como puede observarse a continuación: Guatemala es una nación multiétnica y multicultural con 24 diferentes comunidades lingüísticas. “La historia del país ha sido marcada por la marginalización de la población indígena, los gobiernos militares y un conflicto armado interno de 36 años de duración. Las estimaciones sitúan los costos humanos del conflicto en 200,000 muertes y desapariciones con un número entre 500,000 y 1.5 millones de desplazados internos o en busca de refugio en otros países. Se han documentado más de 669 masacres. Se desconoce aún el paradero de muchos de los desaparecidos”.⁴⁹

i) Tráfico de migrantes está definido en el Protocolo de la Convención de las Naciones Unidas en Contra del Crimen Organizado Transnacional como facilitación, para obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, del

49 El Centro Internacional Para La Justicia Transicional. (ICTJ por sus siglas en inglés) Nueva York, 2003. Pág.1.

ingreso ilegal de una persona a un Estado del cual no es un nacional o residente permanente.

j) Migración total es la suma de las entradas o arribos de inmigrantes y de las salidas de emigrantes.

k) Trata de personas se define en el Protocolo de las Naciones Unidas en Contra del Crimen Organizado Transnacional “como la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”. La explotación incluye, como mínimo, la explotación de la prostitución de terceros u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud, o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos.

Como puede verse el avance del tipo penal se trata y se desarrolla por la ampliación que del mismo se da en la realidad, circunstancia por la que algunos autores llegan a sugerir una relación muy estrecha entre la evolución del crimen y el desarrollo institucional del estado para combatirlo, al punto que, según el autor norteamericano “Shelley las instituciones legales, un componente esencial de un Estado democrático, se desarrollaron con el objeto de combatir el crimen organizado y la corrupción. La historia parece afirmar esta premisa”.⁵⁰ Se puede observar que el desarrollo del fenómeno de la delincuencia

⁵⁰ www.bibliotecajuridica.org. “Evolución Reciente de la delincuencia organizada transnacional en España” pág. 1; consultada 2/02/2007.

transnacional ha ido avanzando paralelamente al desarrollo social y tecnológico, produciendo consecuentemente una respuesta legislativa internacional para combatirla, por ejemplo en 1904 se aprueba a nivel internacional un convenio para reprimir la entonces denominada trata de blancas, actividad criminal que cien años más tarde no solo se ha ido ampliando y floreciendo sino también que ha provocado la creación de una serie de instrumentos internacionales que intentan combatirla y exterminarla, ya no desde la óptica de la soberanía de cada nación sino del actuar concertado de toda la comunidad internacional.

En Guatemala lamentablemente somos un ejemplo del atraso de la legislación en relación con la actividad delictiva. En materia del delito de trata de personas no es sino hasta el año dos mil cinco que por medio del Artículo uno del Decreto catorce dos mil cinco (14-2005) del Congreso de La República, aprobado el tres de febrero de dos mil cinco, publicado por el Diario de Centroamérica, en el Tomo setecientos sesenta y seis (766) número veintiséis (26) paginas seis y siete (6 y 7), el tres de marzo de dos mil cinco, entró en vigencia el cuatro de marzo de 2005, se reforma el tipo penal objetivo de dicho delito para comprender todas aquellas acciones que los tratantes de personas habían desarrollado desde hace muchos años y que en Guatemala eran impunes, tal el caso de el tráfico de menores por medio de las adopciones irregulares.⁵¹ Términos utilizados para discutir categorías de personas involucradas en la migración. Un solicitante de asilo es una persona que ha cruzado una frontera internacional y no ha recibido una decisión sobre su solicitud de estatuto de refugiado. Este término podría referirse a alguien que no ha enviado su solicitud de estatus de refugiado, o a quien se encuentra esperando una

51 Jáuregui, Hugo Roberto, **Material de apoyo para docencia en el curso sobre la ley contra la delincuencia organizada de Guatemala**, Pág.12.



respuesta a su petición. Hasta que la solicitud es examinada justamente, el solicitante de asilo no es retornado. No todo solicitante de asilo será reconocido como refugiado. Un miembro de una diáspora es una persona que es parte de una comunidad de migrantes que se ha establecido de manera permanente en países distintos a donde nacieron pero que permanecen pendientes de su país de origen y continúan manteniendo vínculos con el mismo. Un migrante económico es una persona que deja su lugar habitual de residencia para establecerse fuera de su país y mejorar su calidad de vida.

Este término es también utilizado para referirse a personas que intentan ingresar a un país sin los permisos legales y/o utilizando los procedimientos de asilo sin una causa de buena fe. También aplica a las personas que se establecen fuera de su país de origen durante la duración de una temporada agrícola o turística, apropiadamente llamados trabajadores temporales. Un trabajador fronterizo es un trabajador migrante que conserva su residencia habitual en Estado vecino al cual normalmente regresa cada día o al menos una vez por semana. Una persona desplazada internamente se define en los principios que guían el desplazamiento interno como una persona forzada a dejar de manera espontánea su lugar habitual de residencia para huir de conflictos armados, situaciones de violencia generalizada o violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, o para escapar de desastres naturales o provocados por el hombre y de sus efectos. Este término también incluye a las personas desplazadas dentro de las fronteras de su país de origen, que no están previstos en la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 debido a que no cruzaron ninguna frontera internacionalmente reconocida. Para Guatemala la situación de este tipo de población en desplazamiento interno ha dado lugar a una serie de críticas y señalamientos a nivel internacional. “En su informe de mil novecientos ochenta y



cinco”.⁵² La comisión interamericana de derechos humanos decía: Es un hecho incontrovertible que ningún sector ha sido más afectado por la violencia durante estos últimos años como lo han sido la población campesina y la raza indígena de (Guatemala). La guerra (...) ha dejado en el campo un saldo de muertes y destrucción sin precedentes. Los bombardeos, saqueos y quema de aldeas, la destrucción de cosechas y demás fuentes de trabajo, el asedio, hostilidad y asesinato masivo a sus pobladores, dejó sin hogar y sin tierra a la mayoría de los afectados, generando entre otras reacciones la fuga masiva de miles de indígenas y campesinos guatemaltecos, creando entre los que se quedaron o volvieron, uno de los más graves y angustiosos problemas sociales, culturales y económicos de toda su historia.

En el período 1981-82, en el que más de cuatrocientos pueblos y aldeas fueron arrasadas y miles de guatemaltecos brutalmente asesinados, la reacción de los sobrevivientes atrapados entre dos fuegos fue huir, ya sea ponerse bajo el control del ejército forzados a participar en las patrullas de autodefensa o reubicados en las aldeas modelo donde fueron concentrados. Datos de la AID indican que las personas afectadas por la destrucción de sus hogares, aldeas y actividades económicas en los departamentos de Huehuetenango, El Quiché, San Marcos, Quetzaltenango y Chimaltenango alcanzaban una cifra entre 377 y 407,000 personas. La fuga de cientos de miles de campesinos los llevó a todos los rincones de su tierra y a países vecinos. Un porcentaje menor de los afectados, unas cincuenta mil personas totalmente desposeídas se escapó a zonas selváticas del departamento del Quiché, unos en la Sierra Ixil, y otras en Ixcán fronterizo con México; pasando esos años escondidos del mundo exterior y fuera de control gubernamental. La

⁵² Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos de las llamadas “comunidades de población en resistencia” pág. 1.

vida de esas cincuenta mil personas que buscaban refugio en las selvas y en las montañas del norte del Quiché se desarrolló en condiciones materiales infrahumanas pero a la vez creando un profundo vínculo organizacional. “Una década después, aproximadamente la mitad se mantenían aún allí. Las ofensivas del ejército en Amachel y Sumal entre 1987 y 1989, hicieron salir de allí a unas cinco mil personas”.⁵³

Posteriormente otras se establecieron por su cuenta fuera de las comunidades de población en resistencia, al Norte de Usulután. A mediados de 1992, según información de representantes de las comunidades de población en resistencia quedaban unos 17,000 habitantes de las Comunidades de Población en Resistencia de la Sierra y unos seis mil en Ixcán, o sea un total aproximado de 23,000 personas. “Étnicamente las Comunidades de Población en Resistencia de Ixcán son en su gran mayoría K’iches mientras que en las comunidades de la Sierra son en su mayoría Ixiles, siendo el resto Chajuleños, Cotzaleños y K’iches, así como ladinos”.⁵⁴ Sic. Las Comunidades de Población en Resistencia surgieron a la luz pública en febrero de 1990 después de su 1ra. Asamblea General, en la que decidieron lanzar una campaña nacional e internacional para obtener apoyo, denunciando los ataques del Ejército. “Algunos analistas sostienen que las comunidades de población en resistencia salieron a la luz porque se cansaron de mantenerse escondidos esperando un futuro mejor, pero que en la práctica sólo sufriendo un empobrecimiento mayor cada año y renovados ataques de los militares”.⁵⁵

Sin embargo los asaltos militares continuaron, tanto por las fuerzas regulares de tierra, como por aire. Por lo menos hasta principios de 1993 continuaron los bombardeos de las

53 Stoll, David. "Between two armies in the Ixil Towns of Guatemala" Traducido por Jorge Ramos. pág. 147.

54 Ibid. pág. 291.

55 Ibid. pág. 293.

poblaciones y las quemadas de sus ranchos y posesiones. También la violencia contra ellos se tradujo en desapariciones y en detenciones injustificadas cuando se dirigían a comerciar o visitar a sus familiares en poblaciones vecinas. Durante 1992 y 1993, numerosos observadores nacionales e internacionales, visitaron a las Comunidades de Población en Resistencia tanto en la Sierra como en Ixcán, y han indicado que son civiles desarmados que viven en gran pobreza y que apenas pueden sobrevivir plantando maíz, frijoles, y criando animales de chacra. Así lo dijo el experto Independiente para Guatemala de Naciones Unidas Christian Tomuschat.

Llegaron a la misma conclusión el entonces Procurador de los Derechos Humanos, licenciado Ramiro De León Carpio y su adjunto, el licenciado César Álvarez Guadamuz, así como numerosas autoridades de Iglesias locales y extranjeras que las visitaron. Durante la visita de la CIDH a Guatemala en septiembre de 1993, las Comunidades de Población en Resistencia enviaron una delegación de seiscientas personas a la ciudad de Guatemala para iniciar un diálogo con las autoridades nacionales. Recibidas por el Presidente de la República, convinieron iniciar ese diálogo a finales del mes en referencia, diálogo que continuó en varias sesiones, sin lograr llegar a un acuerdo definitivo. En enero de 1994, las comunidades de población en resistencia de Ixcán hicieron público su propósito de asentarse pacíficamente a partir del 2 de febrero en sus ubicaciones anteriores entre los ríos Ixcán y Xalbal en tierras de la cooperativa del Ixcán Grande, cuyos socios son en su mayoría miembros de las comunidades de población en resistencia, e invitaron a la CIDH a comprobar su situación en lo que se refiere a derechos humanos. Un migrante irregular es un término utilizado comúnmente para describir a un migrante en una situación irregular en un país de tránsito o destino debido a su entrada ilegal, o a que

expiró la vigencia de su visa. El término se aplica no a nacionales que hayan infringido las reglas de tránsito o admisión del país huésped; que intentan obtener asilo sin una causa justificada; y otras personas no autorizadas a permanecer en el país de destino. Estas también pueden definirse como migrantes indocumentados, migrantes clandestinos, o migrantes ilegales. Un trabajador temporal se define en la Convención Internacional Sobre La Protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y miembros de sus familias, como una persona involucrada en una actividad remunerada en un país del cual no es nacional. Un trabajador migrante establece su residencia en un país durante la duración de su trabajo.

Este término se aplica a trabajadores migrantes irregulares, así como al personal de las compañías multinacionales cuyas responsabilidades requieren que se desplacen de un país a otro. La convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y miembros de sus familias de 1990, define otras categorías más específicas, tales como marino, trabajador vinculado a un proyecto, y trabajador itinerante.

Un refugiado es una persona que, de conformidad con la convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular, opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de ese país. En 1969, La Organización de la Unidad Africana (ahora la Unión Africana) adoptó una definición más amplia para incluir a cualquier persona que sea obligada a dejar su lugar de residencia habitual debido a agresión, ocupación externa, dominio extranjero, o eventos que interrumpen seriamente el orden público en una parte o en todo su país de origen o de nacionalidad.

Al adoptar La declaración de cartagena de 1984, los gobiernos de América Latina también consideraron como refugiados a las personas que huían de su país debido a que su vida, seguridad, o libertad estaban amenazados por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violaciones masivas de derechos humanos, o cualquier otra circunstancia que interrumpa seriamente el orden público.

En Guatemala durante el periodo presidencial del Ingeniero Jorge Serrano Elías fortaleció y puso bajo la conducción del Señor Vicepresidente de la República, Gustavo Espina Salguero a la Comisión nacional para la atención a repatriados, refugiados y desplazados (CEAR), encargada de preparar las condiciones conducentes al retorno de miles de refugiados.

En ese sentido y considerando que la República de Guatemala era parte de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de mil novecientos cincuenta y uno (1951) y del Protocolo de mil novecientos sesenta y siete (1967), ratificados por el Decreto-Ley, número treinta y cuatro guión ochenta y tres (34-83) emitido por el Jefe de Estado Oscar Humberto Mejía Victores el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y tres, los cuales por disposición constitucional tienen preeminencia sobre el derecho interno y buscan la terminación del problema de los refugiados, especial y preferentemente a través de la repatriación voluntaria, referida ésta en numerosas conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, en particular los números 18 y 40; se suscribió La Carta de Entendimiento entre el gobierno de Guatemala y la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los refugiados relativo a la repatriación voluntaria de los refugiados guatemaltecos, el trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno. Guatemala por su



convulsionada vida política ha sido desde la misma llegada de los españoles un claro ejemplo del fenómeno de los desplazados, refugiados y asilados por problemas de violencia interna. Basta recordar que los kakchiqueles fueron aliados de los españoles en su lucha contra los quiches. Desde el siglo XIX, en los años 60, el gobierno de Benito Juárez acogió a los exiliados guatemaltecos que lideraron la revolución liberal en Guatemala en 1871, entre otros Justo Rufino Barrios y Miguel García Granados.

Esa tendencia se acentúa pues a lo largo del siglo XX, corren parejos el exilio político y el grado de represión de los gobiernos militares guatemaltecos que se suceden década tras década. “A cada flujo de asilados hacia México, corresponde una reorganización de la oposición y un retorno clandestino con perspectivas de cambio”.⁵⁶

-Primer período: 1930-1944

En los años 30, la dictadura de Jorge Ubico (1931-1944) enmarca la primera ola significativa de exiliados, dirigentes sindicales, artistas, intelectuales, escritores. Había incluso la expatriación como castigo, presos políticos, asesinatos políticos, y también gente que era expulsada del país y con prohibición de regresar. Individualmente, muchas de estas figuras fueron a Europa, pero el mayor número se instala en México. Entre estas figuras, se destaca la de Ernesto Capoano: dirigente estudiantil en Guatemala y enviado en 1939 a un Congreso contra la guerra y el fascismo que se realizó en México, el gobierno de Ubico lo supo y le prohibió que regresara a Guatemala, si no lo mataban. El proceso inverso, o sea de México a Guatemala, irrumpió con la llegada al poder, en 1944, de Juan

⁵⁶ Nathalie Ludec, **Voces del exilio guatemalteco desde la Ciudad de México**, pág. 1.



José Arévalo, presidente electo del primer gobierno revolucionario, así llamado por la izquierda guatemalteca y recordado con nostalgia por O. Palma: “Fui dirigente del movimiento estudiantil en una época muy bella, muy bonita de la historia de Guatemala, la revolución democrática de 1944”.⁵⁷

Prácticamente todos los exiliados regresan, porque además, no solamente se presentaban condiciones en Guatemala para su regreso sino allá se les necesitaba y todos llegan directamente a ocupar puestos o participar activamente en política. Era gente mucho mejor preparada que la que había dentro. Con todo, bajo el gobierno de Arévalo, la izquierda trabaja en la clandestinidad. O. Palma fundó el Partido Comunista Guatemalteco (PCG) en 1949. Juan José Arévalo nunca entendió el pluralismo, era antisocialista, con un pensamiento extraño que llamó socialismo espiritual. Estuvimos en la clandestinidad, nos persiguieron, cerraron la escuela, la escuela normal central para varones, una escuela del pensamiento, donde combinamos la acción social con la academia. “Esa escuela se convirtió en la niña bonita de la revolución”.⁵⁸

Para Laura Foppa, nacida en 1949 en París, cuando su papá era representante de Arévalo en París, Juan José Arévalo significa el compromiso político de su padre, de izquierda, y una relación estrecha entre las dos familias. Con el gobierno siguiente de Jacobo Arbenz Guzmán, entre 1951 y 1954, la izquierda se pudo desarrollar plenamente, matiza O. Palma: “Arbenz fue el que inició el triunfo de la revolución guatemalteca, con la reforma

57 Citado por Nathalie Ludec, Ob. Cit. pág. 2.

58 Citado por Nathalie Ludec, Ob. Cit. pág. 3.

agraria, el apoyo a los obreros, a los campesinos, ya salimos como un partido abierto: el Partido guatemalteco del trabajo, el PGT”.⁵⁹

- Segundo período: 1954 -1960

El segundo período empieza en julio de 1954, cuando se produce un éxodo muchísimo mayor, después de la intervención de los Estados Unidos y el derrocamiento del segundo gobierno revolucionario guatemalteco, el de Jacobo Arbenz, por un régimen militar, el primero de una larga serie, dirigido por el Coronel Carlos Castillo Armas. De hecho, en Guatemala, hubo dos embajadas que se convirtieron en un santuario para salvar la vida de la gente más perseguida: la de México y la de Argentina. El gobierno de Juan Domingo Perón tanto como el de Adolfo Ruiz Cortines apoyaron la salida de los exiliados guatemaltecos. El exilio guatemalteco a partir de 1954 tiene una cantidad muy grande y también una calidad muy destacada por el número de escritores, de pintores, académicos, investigadores que salieron. La figura de Luís Cardoza y Aragón es sin lugar a dudas fundamental, es el más respetado, el más destacado de los exiliados guatemaltecos. La izquierda guatemalteca se reconstruye en México, mientras el PGT supo reconstruirse en la clandestinidad, y va desafiando el régimen militar guatemalteco con un retorno clandestino y una prensa opositora difundida también en la clandestinidad. Mientras tanto en Guatemala empiezan a surgir los primeros grupos socialdemócratas cuyos dirigentes eran exiliados en México. “Se constituye el Partido Revolucionario (PR), aunque su nombre sonaba muy desafiante, en realidad era un partido socialdemócrata que marcaba una diferencia con los comunistas”.⁶⁰

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Nathalie Ludec, *Ob. cit.* pág. 4.

Surge también la Unidad Revolucionaria Democrática (URG), con figuras de dirigentes jóvenes socialdemócratas, como Manuel Colom Argueta, asesinado en 1978, Francisco Villagrán Kramer y Adolfo Mijangos López, también asesinado en 1970, ametrallado en su silla de ruedas. Esa actividad política tomó un impulso cuando en 1957 fue asesinado por una conspiración de su propia gente Castillo Armas, que era la cabeza visible de la intervención.

En los años 60, se asiste a una cierta apertura del régimen con el viejo General Miguel Ydígoras Fuentes, lo que permite un regreso paulatino de la izquierda organizada. En 1959, se producen las primeras elecciones en Guatemala, y aunque las gana un general de la vieja escuela, eso no significaba exactamente el movimiento anticomunista que había encabezado la intervención. Miguel Ydígoras Fuentes gana las elecciones con un discurso de conciliación. Incluso le puso este nombre al partido que llegó al poder, el Partido de Conciliación Nacional. (...) Muchos de los exiliados se aprovechan de esa pequeñísima apertura para regresar aunque ya se habían establecido en México. La izquierda clandestina les ofrece el soporte intelectual, económico y logístico. Están reunidas las fuerzas para un gran movimiento de descontento, que sacude distintos sectores de la población pero la respuesta es una represión extrema hacia la izquierda y la guerrilla con nuevos métodos experimentados por los Estados Unidos en Guatemala dentro del contexto de la guerra fría y de la seguridad nacional. El 13 de noviembre de 1960, se levantan jóvenes oficiales del ejército, en contra de la corrupción del gobierno, y en contra del uso del ejército. Efectivamente eran considerados como los perros guardianes de la oligarquía así hablaban de sí mismos los militares que se sentían humillados. “De hecho, el ejército guatemalteco cumplía las órdenes de los Estados Unidos que tenían planes para



invadir la Cuba revolucionaria de Fidel Castro desde Guatemala”.⁶¹ Se estaba entrenando un grupo muy numeroso en Guatemala de exiliados cubanos y soldados mercenarios de otras nacionalidades para invadir Cuba. Al ejército de Guatemala de alguna manera y a muchos oficiales los convirtieron en casi ayudantes al brindar seguridad, logística, y eso generó una reacción de indignación, fue vivido como una afrenta a la dignidad. Todos esos factores coincidieron para que se produjera este levantamiento militar, que fracasó, porque los aviones de los Estados Unidos que estaban en esta base clandestina fueron usados en contra de estos militares que se alzaron. Estos jóvenes militares frustrados, entre ellos Luís Turcios Lima y Yon Sosa, de origen chino, fueron derrotados porque eran pocos y no estaban ligados al pueblo, actuaban putschisamente. Los sobrevivientes eran guerrilleros vinculados a la izquierda e integrarán el primer movimiento guerrillero: Era una corriente muy bonita, muy romántico, que aspiraba el poder, una tendencia de la imaginación.

Esa época no es pues una época de exilio, al contrario, nuevos caminos, nuevas formas de participación se abren en Guatemala, y surge cada vez más la clandestinidad como opción. Regresan los exiliados para participar en una oposición que se va radicalizando contra el gobierno de Ydígoras, derrocado en 1963 por el Coronel Enrique Peralta Azurdía. Ya el movimiento guerrillero está en auge, ya hay una organización del movimiento social. Palma regresó en 1965, era un gobierno semi tolerante, y fundó una sucursal de la Agencia Prensa Latina, que ya había fundado en Cuba. También el movimiento guerrillero es violentamente reprimido y derrotado, de julio de 1966 a mayo de 1967. En esa época, en la segunda mitad de estos años 60, se da un nuevo flujo en el exilio hacia México, pero incomparablemente menor a los anteriores, con una oposición muy debilitada. Vuelven a

61 Memoria Presencia de los refugiados guatemaltecos en México, pág. 325.

México otra vez algunos de los viejos exiliados, que habían regresado a Guatemala y hay nuevos exiliados. Hay otro lado importantísimo en Guatemala que empieza a surgir, son los escuadrones de la muerte. No solamente se dan los primeros casos de desaparición forzada, sino también el surgimiento de los escuadrones de la muerte, exactamente en ese período: el primer escuadrón se llamó la mano Blanca. “Esa práctica se inicia en Guatemala y después llegó a ser también totalmente extendida a América Latina”.⁶²

En Guatemala, en los últimos años de la década de los 60, con una represión interna en auge, se produce pues una derrota, tanto del movimiento guerrillero, como de la reorganización del PCG, de los grupos socialdemócratas, y de nuevo una nueva frustración que se vuelve a superar en el exilio y en la clandestinidad en Guatemala. Estas secuencias, el activismo político, la represión, el exilio y la clandestinidad, se repiten en los años 70, 80 y hasta los años 90, es imposible encarar un retorno.

- Tercer período: 1978-1993

El tipo de relacionamiento entre gobierno y sociedad era el terror que se agudizó en los años 80, bajo la presidencia del General Fernando Romeo Lucas García, a partir de 1978, y con las operaciones de exterminio y genocidio dirigidas por el gobierno del general Efraín Ríos Montt (1982-1983). Con esos años, irrumpen los peores recuerdos. Laura Foppa los desgrana según una cronología de la muerte. Los años 80, los de la máxima represión, corresponden pues al gran éxodo, sobre todo por el refugio indígena en el sureste de México que se suma al asilo político. El regreso a Guatemala sigue siendo

62 Nathalie Ludec, **Ob. Cit.** pág. 11.



peligroso a pesar de la vuelta a un gobierno civil en 1986, con la victoria del Partido Democracia Cristiana y su candidato Marco Vinicio Cerezo Arévalo. Con todo en Guatemala se inician las reuniones de Esquipulas, I, II, III que corresponden a todo un proceso de paz para Centroamérica, en particular para Nicaragua, El Salvador y Guatemala.⁶³

Derivado de dichos acuerdos, el gobierno de Cerezo organiza lo que se llamó el diálogo nacional, y por primera vez se invitó a grupos representativos del exilio, de los diferentes sectores, de las capas medias, los artistas y académicos, y entre los refugiados campesinos, indígenas viviendo en el sureste de México. Por primera vez, delegaciones de exiliados y refugiados viajan a Guatemala para representar a sus propias comunidades en ese diálogo nacional. Ahí se inicia el diálogo de paz entre la guerrilla y el gobierno, que empieza la negociación. “El 20 de enero de 1993, ocurrió, bajo el gobierno civil de Jorge Serrano Elías, el primer retorno masivo, de miles y miles, grupos de 2000, de 2500, muy organizado, muy acompañado”.⁶⁴

Durante el gobierno de Álvaro Arzú, del Partido de Avanzada Nacional (PAN), que tomó posesión en enero de 1995, ya empieza a regresar una cantidad muy grande, de los exiliados del área urbana. Pero a pesar de la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera en 1996 y la actividad de una multitud de asociaciones en Guatemala, el ejército continúa sus exacciones. Monseñor Gerardi, el coordinador de La Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado (ODHA), fue asesinado. Su libro relata unos de esos crímenes (de los militares), y se presume lo mataron por eso, hace ya varios años.

63 **Memoria Presencia de los refugiados guatemaltecos en México**, Ob.Cit. pág. 339.

64 Nathalie Ludec, **Ob. Cit.** pág. 19.

Era un informe que él presentaba a la Comisión Delegada de las Naciones Unidas. Se llama Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI), es una recopilación de violaciones a los derechos humanos. La situación política interna determinó el asilo político hacia México, donde se organizó la oposición que fracasó repetidas veces hasta perder su capacidad de ser una alternativa política en el país. Diferencias conceptuales entre tráfico y trata de migrantes después de una ardua elaboración doctrinaria y jurídica, actualmente existe amplio consenso en que el tráfico y la trata de personas son conceptos distintos y bien diferenciados, siendo por lo general aceptadas las definiciones de los protocolos de Palermo, que se analizarán más adelante.

Sin embargo, existieron considerables problemas para alcanzar una definición consensuada de ambos conceptos, ya que los mismos fueron utilizados indistintamente durante mucho tiempo, junto con varios otros, tales como tráfico de extranjeros (alien smuggling), trata de extranjeros (trafficking of aliens), tráfico ilícito de inmigrantes (illegal immigrant smuggling), trata de seres humanos (human trafficking o trafficking in human beings), comercio de seres humanos (trade of human beings y human trade), trata de mercancía humana (human commodity trafficking), trata de personas (trafficking in persons) (Salt y Hogarth, 2000) o aun tráfico de seres humanos (human smuggling) (Smith, 1997) o tráfico de migrantes (migrant smuggling).⁶⁵ En ausencia de un instrumento jurídico internacional de carácter universal, y dada la variedad de definiciones, tipificaciones penales y perspectivas de muchas legislaciones nacionales, así como las lagunas del derecho y la aplicación subsidiaria de otras figuras penales para reprimir los fenómenos, el problema excedía las pretensiones de purismo terminológico. “En efecto, la falta de

65 Geronimi, Eduardo. **Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes.** pág. 17.

armonización y las lagunas y diferencias de tratamiento en algunas legislaciones nacionales son aprovechadas por los traficantes al momento de establecer (y modificar) las rutas del tráfico y de la trata con el objeto de minimizar los riesgos en caso de ser descubiertos, situación que debería modificarse con la entrada en vigor de los Protocolos de Palermo”.⁶⁶

En la medida en que no se produzca violación alguna de los derechos humanos de los migrantes, y sin perjuicio de la responsabilidad penal de los traficantes, el tráfico constituirá esencialmente una infracción a la legislación migratoria, una forma de facilitación de la migración irregular asistida por terceras personas. En nuestro medio el tráfico se ejerce por los popularmente denominados coyotes que se dedican a llevar a los connacionales a Estados Unidos de América, a cambio de una determinada cantidad de dinero, utilizando para ello el cruce de fronteras que pueden ser atravesando un río fronterizo, y en este caso se les denomina mojados, atravesando el desierto fronterizo entre México y el país de destino, o por vehículos como trailers, carros, trenes etc. En principio el papel del traficante se limita a la introducción clandestina del migrante en otro estado, aunque en general sus servicios (y las tarifas) se ofrecerán a la carta, según se trate del simple cruce de la frontera internacional, de la distancia entre los países de origen y de destino, del alojamiento seguro antes o después del cruce, o el ulterior transporte a una ciudad determinada.

“Sin embargo, no obstante esta caracterización inicial, son frecuentes las violaciones de los derechos humanos de los migrantes, que incluyen torturas, malos tratos, violaciones,

⁶⁶ Conforti, B., "Derecho internacional", pág. 255.

lesiones, abandono antes de alcanzar el destino y en condiciones peligrosas, que pueden desembocar en tragedias que pueden hasta costar la vida de los migrantes objeto de tráfico”.⁶⁷

En estos casos (que el Protocolo contra el tráfico contempla como circunstancias agravantes) la figura del tráfico excede la esfera migratoria para pasar a la de los derechos humanos, o aun se transforma en el delito de trata. La trata de personas en cambio, es siempre un delito grave, aun en sus formas menos aberrantes, que se encuentra en la esfera de los derechos humanos debido a que incluye necesariamente elementos de coacción, violencia física o psíquica, abuso y explotación laboral o sexual. Por otra parte, a diferencia del tráfico, para su comisión no se requiere el cruce de una frontera internacional. La trata incluye aspectos como la adopción irregular por ejemplo, que se consuman en el interior del propio país y que se perfeccionan o consuman por ello dentro del territorio nacional.

- Causas del tráfico y la trata

Los candidatos a la migración irregular recurrirán a los mecanismos de tráfico por diferentes razones, entre ellas, las enormes distancias a recorrer; la dificultad o imposibilidad de remontar las restricciones de la legislación migratoria de los países de destino; o las dificultades para adaptarse a la vida del país de destino, por ejemplo, encontrar alojamiento y empleos adecuados (Smith, 1997).⁶⁸ La Organización Internacional del Trabajo resume el aumento de las migraciones clandestinas, y en

⁶⁷ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), pág. 55.

⁶⁸ Mármora L., Políticas y administración para la gobernabilidad migratoria, pág. 115.

particular del tráfico y la trata de migrantes, en una combinación de factores que incluyen la existencia de fuertes presiones expulsoras en un contexto en que secciones enteras de la economía de los países receptores, sobre todo en los lugares caracterizados por una alta densidad de mano de obra, se ven sumidos en la inestabilidad y obligados a una gran flexibilidad, y el hecho de que muchos países se ven confrontados a la reestructuración de sus economías y al aumento de las tensiones sociales, por cuanto cierran oficialmente sus fronteras a la migración laboral y multiplican la adopción de legislaciones represivas.

El autor señala cinco factores que inciden en la rápida expansión de los mercados del tráfico y la trata de personas: 1) El crecimiento demográfico de poblaciones que ya contaban con tradiciones de emigración en el último decenio; 2) La aparición de nuevos mercados regionales que con anterioridad a la disolución del Pacto de Varsovia y de los procesos de democratización en África, Asia y América Latina, resultaban de difícil acceso para los traficantes, entre otras razones, por la existencia de rigurosos controles de salida y supervisión de fronteras; 3) La globalización de la economía mundial; 4) El rápido desarrollo de las tecnologías y las comunicaciones, y 5) “El aumento de las actividades transnacionales de las organizaciones delictivas (blanqueo de dinero, venta de armas, tráfico de drogas, transporte de material nuclear)”.⁶⁹

La organización internacional para las migraciones, por su parte, identifica las siguientes causas: Los migrantes huyen de la guerra, la persecución, la violencia, la pobreza, en busca de mejores oportunidades o se dejan engañar por promesas de buenos empleos y sueldos elevados, aceptando los servicios de los traficantes; las posibilidades de migración

⁶⁹ Conforti, B., *Derecho internacional*, pág. 267.

regular han disminuido con la instauración de políticas migratorias restrictivas; hay pocas legislaciones apropiadas de lucha contra el tráfico y su aplicación es mínima; y existe un mercado para servicios de migración irregular.⁷⁰

Schloenhardt, en cambio, examina el tema desde la perspectiva de las organizaciones delictivas. Para las redes de traficantes el tráfico y la trata constituyen negocios lucrativos y en expansión debido a que: 1) existe una demanda creciente de migración internacional, tanto en los países de envío como de recepción; 2) las restricciones a la inmigración legal impuestas por los países industrializados originan una demanda alternativa de migración irregular; y 3) comparadas con otras actividades criminales, el tráfico y la trata ofrecen bajos riesgos de detección y enjuiciamiento penal.

- Dinámica y mecanismos

Aunque los beneficios del tráfico y la trata de seres humanos resultan de difícil estimación, se sabe que el delito resulta rentable en relación con el costo y el riesgo incurrido: se estima que el beneficio que producen ocho migrantes irregulares víctimas de trata equivale al de un kilogramo de heroína (Skeldon, 2000). Se ha estimado que globalmente el tráfico y la trata de personas generaban beneficios de una entidad sólo inferior a los provenientes del tráfico de armas y de estupefacientes.⁷¹

La estimación es la más frecuentemente aceptada y citada y se cifra entre los 5,000 y los 7,000 millones de dólares. Más recientemente, con el aumento de la magnitud del

70 Ob. Cit. pág. 57.

71 Skeldon, R., "Myths and Realities of Chinese Irregular Migration", version en español, pág. 354.

fenómeno, también las estimaciones fueron actualizadas: 8,000 millones de dólares a 10,000 millones de dólares, el tráfico de migrantes puede adoptar distintas modalidades y grados de organización. Incluye desde el servicio de guía de algunos cientos de metros para cruzar una frontera prestado por un pasador ocasional, hasta las actividades de grandes organizaciones delictivas que trafican personas de una parte del mundo a la otra y que suministran documentación, transporte, logística, alojamiento o empleo.

Estas organizaciones, debido a su carácter dinámico y bien estructurado, suelen dedicarse tanto al tráfico como a la trata de personas. En tanto negocio organizado el tráfico se presenta como un sistema intermediario en la industria de la migración, que facilita, de forma ilícita, el movimiento de personas entre los países de origen y de destino, y en el cual las organizaciones de traficantes hacen las veces de empresas comerciales. “La diversidad de métodos varía desde aquellos en los que los traficantes parecen ser una suerte de agencias de viaje hasta organizaciones que utilizan procedimientos típicos de la trata de esclavos, desde virtuales salvadores de refugiados y solicitantes de asilo que escapan de un peligro real a delincuentes que no dudan en poner en peligro la seguridad o la vida de las personas objeto de tráfico”.⁷² En ese sentido, Kyle y Dale distinguen dos tipos opuestos y extremos de tráfico y trata de personas: el primero, un verdadero programa de exportación de mano de obra migrante (el caso de Azuay, Ecuador), en el que existe una verdadera industria de la migración en la que una gran parte de la población está implicada, directa o indirectamente desde el reclutador hasta el banquero local.⁷³ El segundo se caracteriza por operaciones de importación de esclavos entre Myanmar y Tailandia, donde mujeres, niños y niñas son víctimas de la trata transnacional,

⁷² Ibid.

⁷³ **Smuggling the State Back In: Agents of Human Smuggling Reconsidered**, en *Global human smuggling: Traducido por Jorge Ramos*. pág. 298. Ob. Cit. pág. 61.

principalmente destinados a la industria sexual. No obstante sus contrastantes características, ambas modalidades pueden resultar igualmente nocivas para el migrante e implicar graves riesgos físicos y jurídicos.

La Organización Internacional para las Migraciones, de acuerdo a su importancia y grado de organización, los traficantes pueden clasificarse en tres grupos; 1) Traficantes ocasionales: esta categoría abarca a individuos que proveen un simple servicio a los migrantes, por ejemplo, el transporte para el cruce de la frontera. “Se trata de pequeños operadores, residentes normalmente en zonas fronterizas y que a menudo utilizan sus propios botes, taxis o camionetas para el transporte de una persona o de pequeños grupos”.⁷⁴

No obstante su carácter amateur, pueden llegar a prestar servicios para organizaciones internacionales, pero por lo general, se trata de un tráfico espontáneo o que responde a un pedido especial y que no es duradero en el tiempo; 2) Pequeños grupos criminales: esta categoría incluye a pequeños grupos organizados de traficantes que se especializan en el tráfico de un determinado país a otro, con itinerarios invariablemente fijos, y con una logística más importante que la de los traficantes ocasionales. Actúan sobre una base más o menos permanente, pero su organización es menos profesional y compleja que las redes internacionales de tráfico; 3) Organizaciones delictivas transnacionales: incluye grandes redes delictivas que llevan a cabo todo el proceso del tráfico o de la trata: transporte, suministro de documentación falsa o robada, permisos de trabajo o cartas de invitación para el país de destino, alojamiento en tránsito y destino, introducción clandestina, y en los

74 Ob. Cit. pág. 61.



casos de trata la ulterior explotación laboral o sexual. Estas organizaciones poseen bases logísticas en los países de origen, tránsito y destino, y equipos altamente sofisticados.

Son frecuentes las conexiones de estas organizaciones con otros delitos internacionales, como el tráfico de armas, de vehículos, de estupefacientes, o de material nuclear, que a veces se realiza simultáneamente con el tráfico de migrantes. Esta tipología no es rígida puesto que existen prácticas de cooperación y subcontratación de ciertas actividades en determinadas regiones controladas por otros grupos, o en el caso de la trata, la cesión o la compraventa pura y simple de las víctimas. La dinámica de la trata de personas, en cambio, dado que se desarrolla en varios estadios bien diferenciados, resulta mucho más compleja. El modelo de organización funciona en tres etapas: la captación de migrantes en sus países de origen; el transporte y los servicios conexos necesarios para el tránsito; y la inserción e integración en los países de destino. “Cada una de estas fases se caracteriza por las distintas funciones desempeñadas por los traficantes y los diferentes grados de centralización”.⁷⁵

En una primera etapa la fase de la captación o el reclutamiento, la víctima es contactada con distintas tácticas: anuncios en los periódicos o revistas locales, o en Internet, ofreciendo empleos en el mundo desarrollado, promesas de matrimonio con extranjeros, o incluso ofertas abiertas para ejercer la prostitución. Puede también tratarse de un primer acercamiento personal, usualmente por conocidos de las víctimas (que pueden ser comisionistas de los traficantes, agentes de reclutamiento o aun víctimas de la trata que identifican futuras víctimas como pago de su deuda), o incluso mediante tratativas con los

75 Ibid. pág. 65.

padres o familiares, a quienes mediante engaño proponen posibilidades de una vida mejor para sus hijos, estudios en el extranjero o trabajo en casas de familia, en el servicio doméstico o la restauración. También es frecuente que sea la propia víctima quien contacte a los traficantes, ya sea porque desconoce la verdadera naturaleza de la trata o porque, si bien la conoce subestima sus consecuencias. En estos casos, aun cuando la víctima de trata hubiera inicialmente prestado su consentimiento, para que éste sea válido deberá ser pleno e invariable. Por último, la captación también puede realizarse mediante el uso de la fuerza física, el rapto, la amenaza u otras formas de coacción.

La segunda etapa consiste en el transporte, traslado y recepción en el país de tránsito y, posteriormente, de destino, sin perjuicio de que la explotación (sexual o laboral) y las formas de coerción pueden ya manifestarse durante el tránsito. Los medios de transporte y las rutas de la trata de personas adoptan muy diversas y cambiantes modalidades, que muestran la naturaleza dinámica y la perfeccionada logística con que cuentan las organizaciones delictivas, que se adecua constantemente a las variaciones en la intensidad de los controles fronterizos, el rigor de la legislación penal de los estados de partida, tránsito o destino, o las posibilidades de corrupción de los funcionarios de los países concernidos, entre otros factores. Si la trata reviste carácter internacional, las víctimas ingresarán al territorio del Estado de destino (o de tránsito) tanto clandestinamente, como en forma legal o aparentemente legal, sirviéndose de documentos de viaje, verdaderos o falsificados. En algunos casos las víctimas ingresarán con sus propios documentos de viaje y verdaderos visados (en general visas de artistas), pero posteriormente se verán obligadas a trabajar en la industria del sexo (OIM, 1999). También es posible que la trata se realice dentro de las fronteras de un mismo país, en general en

zonas aisladas o remotas. En la tercera etapa, una vez en el lugar de destino, se concreta la explotación de las víctimas. Esa explotación, en general a largo plazo, incluye, entre otras formas, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos, siendo la violencia o la amenaza de la violencia tal vez las formas más comunes de coerción contra las mujeres víctimas de trata.

Suelen emplearse la violación u otras formas de violencia sexual para destrozarse a las personas física, mental y emocionalmente y obligarlas a someterse a trabajos forzosos o a prácticas semejantes a la esclavitud. La violación u otras formas de violencia sexual son armas contra las trabajadoras migrantes independientemente de la clase de trabajo que deban hacer, aunque se emplearán con más persistencia contra las mujeres sometidas a trata para condicionarlas a trabajar forzosamente en la industria del sexo. Encerradas en una maquiladora, fábrica, barco de pesca o burdel, a menudo las víctimas son privadas de su libertad arbitrariamente o por la fuerza por agentes oficiales o no oficiales. Se impide su circulación, confiscan los pasaportes y documentos de viaje, sufren amenazas de detención y deportación, o de represalias contra personas de la familia, o de revelar el carácter de su trabajo a la familia y la comunidad, así como la violencia física y el uso de guardias de seguridad. “Por otra parte, y aunque puedan beneficiarse de las salvaguardias que ofrecen las legislaciones de algunos estados las víctimas serán reticentes a denunciar a los traficantes, no sólo por temor a represalias, sino para evitar la deportación y perder así la inversión inicial para viajar al extranjero, junto con sus medios de ganarse la vida y enviar remesas a su país de origen”.⁷⁶

76 Organización Internacional para las Migraciones. **Ob. Cit.** pág. 82.



CAPÍTULO II

2. Política criminal

2.1. Política general del estado en materia criminal

Una de las funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. En la medida de lo posible, debe tratar de solucionar los conflictos y tensiones sociales o individuales para que la vida social sea estable y fecunda. “Esta labor la cumple en un contexto social y político en el que tiene su origen y se desarrolla. No se trata de una actividad neutra o imparcial”.⁷⁷

El poder coercitivo, concretado sobre todo en las sanciones, constituye uno de los medios de que dispone el Estado para alcanzar tal objetivo. En base a dicho poder, se organiza un sistema formalizado y específico, denominado sistema de justicia penal. Este sistema está compuesto, de un lado, tanto por un conjunto de normas que prevén los comportamientos delictuosos y las sanciones aplicables, como por disposiciones que regulan el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar dichas sanciones y, de otro lado, por una red de órganos encargados de hacer respetar y de aplicar dichas normas penales.

Por ejemplo, la policía, el Ministerio Público, tribunales, servicios de ejecución de penas. El derecho penal desempeña así un papel importante en la organización y la determinación de las relaciones sociales, en el interior del llamado control social. No sólo limita la libertad de los individuos, también crea las condiciones necesarias para que éstos desarrollen su personalidad y lleven a cabo sus proyectos de vida. El control social es una expresión

⁷⁷ Borja Jiménez, Emiliano. **Sobre el concepto de política criminal: una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin.** pág. 113.

concreta de la política general del Estado. Uno de los aspectos de esta política es, precisamente, la criminal. Esta plantea los criterios básicos del sistema de justicia penal. Toda reacción estatal dirigida a evitar comportamientos delictuosos o a suprimir ciertas situaciones criminógenas no forma parte, necesariamente, de la política criminal. “Si bien ésta goza de una cierta autonomía en el marco estatal, se integra en una perspectiva más vasta de la política social”.⁷⁸ Sic.

Una buena política social constituye, sin duda, una condición indispensable para organizar y desarrollar una política criminal eficaz. El ámbito social abarcado por la política criminal no constituye sin embargo un dato objetivo. Las nociones de delincuencia, crimen o criminal son el resultado de discusiones sobre criterios de política criminal. Criterios que condicionan la determinación de los comportamientos que deben ser criminalizados. En efecto, no hay comportamiento que sea delictuoso en sí. Su calificación como tal varía según el lugar y el tiempo en que es cometido. Para planificar la política criminal de manera más o menos racional, es indispensable profundizar las investigaciones tendientes a establecer las características y la amplitud del fenómeno delictivo. “Si se saca provecho de estas investigaciones, la reacción organizada de la colectividad dejará de ser espontánea, incoherente y motivada sólo por la satisfacción de impulsiones instintivas de la opinión pública”.⁷⁹

La política criminal está estrechamente relacionada, de una parte, con la criminología y, de otra, con la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología como disciplina que estudia el delito, el delincuente y la reacción social ante la delincuencia, la actividad del estado para enfrentar este fenómeno se inspiraba en la concepción penal fundada sobre la

78 Bongers Willem. **Introducción a la criminología**. pág. 56.

79 Rivera Beiras Iñaki. **Política criminal y sistemas penales**. 232.

culpabilidad y la retribución. La pena era así considerada como el único medio para disuadir a las personas de cometer infracciones y, una vez cometidas, para restablecer el orden perturbado. “Con el positivismo italiano, que está en el origen de la criminología y constituye un fruto del desarrollo de las ciencias naturales en el siglo XIX, la negación del principio de la culpabilidad y de la pena retributiva provocó una renovación del discurso y de la práctica del Estado en relación con la delincuencia”.⁸⁰

La criminología, nacida de este movimiento positivista, impulsó las investigaciones dirigidas a individualizar, a nivel biológico, psicológico o sociológico, la causa de la criminalidad. La actividad del Estado debe pues estar orientada a neutralizar los factores criminógenos, mediante procesos de tratamiento, reeducación, resocialización del delincuente. De manera bastante esquemática, se puede distinguir dos tendencias en este movimiento de ideas. El primero es el movimiento desencadenado, en Alemania, por los trabajos de Franz Von Liszt y cuyas ideas principales han sido retomadas y desarrolladas, especialmente, por Claus Roxin. “La segunda tendencia, más influenciada por el positivismo, es la de la nueva defensa social expuesta, en Francia”.⁸¹

En oposición a estas concepciones que consideran, de un lado, como objetos de estudio de la criminología al delito y al delincuente y, de otro, como el fin de la política criminal la desaparición de las causas criminógenas, un movimiento de ideas reciente busca cambiar estas hipótesis que están en la base de los criterios de política criminal predominantes. “Partiendo de la idea de que el delincuente y el crimen sólo constituyen creaciones del sistema penal, se afirma que la criminología debe ocuparse del análisis del proceso de

80 *Ibíd.* pág. 234.

81 Del Olmo, Rosario. *América Latina y su criminología Siglo XXI.* pág. 78.

criminalización y que la política criminal debe tratar de limitar el poder punitivo así como sus efectos perversos”.⁸²

La pena y las medidas de seguridad son únicamente medios al servicio de este proceso que debe ser desmantelado. Sin embargo, los partidarios de esta concepción, denominada de la criminología crítica o radical, no han logrado todavía elaborar directivas pragmáticas de política criminal. No obstante, sus ideas tienen una influencia positiva en el debate sobre la manera de organizar un sistema de control social eficaz y los medios necesarios para alcanzar este objetivo. Desde hace algunos años, en materia de política criminal y de criminología, se ha estudiado seriamente la problemática de las mujeres en la justicia penal. Mediante sus trabajos, los movimientos feministas ponen en evidencia la manera como los intereses de las mujeres, consideradas como género, han sido descuidados y ocultados. Sus investigaciones han abierto nuevas perspectivas en los análisis de la criminología y de la política criminal. Seguramente, tendrán también consecuencias importantes en materia de justicia penal. Las reformas penales de los últimos decenios han sido marcadas por los estudios y las discusiones dirigidas a circunscribir la estrategia a adoptar frente a la delincuencia. La reforma del código penal alemán constituye un buen ejemplo. “El factor decisivo fue el proyecto alternativo elaborado esencialmente sobre la base de criterios de política criminal y sin prestar gran atención a cuestiones de orden dogmático”.⁸³

Si nuevas formas de criminalidad exigen una severa reacción penal, la tendencia predominante se caracteriza, sobre todo, por el apego mesurado al derecho penal y, en particular, a las penas privativas de libertad como medios de control social. Además, para

⁸² Rivera Beiras, **Ob. Cit.** pág. 235.

⁸³ Del Olmo, **Ob. Cit.** pág. 80.



contrarrestar los efectos negativos del derecho penal, se hacen esfuerzos para brindar a los condenados una asistencia social eficaz y tomar en consideración los intereses de las víctimas. Un aspecto importante de esta tendencia radica en el hecho de considerar a la multa como la pena principal del sistema de sanciones; el mismo que debe ser completado por nuevas formas de sanción en sustitución de las penas privativas de libertad.

La situación en Guatemala es bastante interesante en la actualidad en razón de la transición que se vive del periodo de guerra civil, que duró varias décadas, a uno de coexistencia pacífica. Este largo conflicto armado interno ha marcado a todos los sectores sociales con su carácter violento. De un lado, los delitos más graves se caracterizan por la violencia con que son cometidos. Entre estos destacan los delitos de homicidio, secuestro, robo, lesiones graves, muchas veces cometidos en el contexto de tráfico de drogas y corrupción. De otro lado, la reacción, primero, estatal que se distingue en especial por la severidad de las penas y un sistema policial y penitenciario marcadamente represivo.

En el medio, se da la reacción de las personas en general y, en particular, de las víctimas. Reacción que se manifiesta por una exigencia de severidad cada vez más grande y por la tendencia a hacerse justicia por propia mano. Esto está estrechamente relacionado con el sentimiento de inseguridad existente y por el convencimiento de que la impunidad impera no sólo respecto de los delitos cometidos por los miembros de los sectores privilegiados y de los que detentan el poder, sino también en el caso de delitos menos graves cometidos por cualquier persona. Este sentimiento se funda, sobre todo, en la ineficacia del sistema de control penal. Para evitar que los miembros de las diferentes capas sociales se sientan desprotegidos frente al fenómeno delictivo, es indispensable que el estado, mediante las reformas legislativas, no dé la sensación, tanto a nivel legislativo como del control efectivo,

de que abandona el terreno en favor de los delincuentes. La reacción social debe ser planteada dentro de un plan general de medidas de política criminal que responda de manera global y coherente a las expectativas de protección de la sociedad.

El plan general debe comprender tanto medidas de carácter social como de índole legal. Si bien debe inspirarse en el criterio de que no hay medio más eficaz de política criminal que una política social y económica eficiente, no debe descuidarse las medidas concretas de naturaleza penal. Las mismas que constituyen el último medio para contrarrestar la delincuencia y muchas veces, en sociedades como las nuestras. Las más directamente percibidas por las víctimas como la realización de la justicia.

A nivel del sistema de control penal es de considerar los mecanismos de control indirectos y los de orden formal. Entre los primeros, deben ser mejorados los programas, por ejemplo, de educación, de aumento de la calidad de vida, de reforzamiento de los derechos humanos, de reconocimiento del pluriculturalismo. “No porque se considere que disminuyendo la pobreza, la ignorancia y la desigualdad se reducirá necesariamente la delincuencia, sino porque tales cambios podrían, al menos y entre otros efectos, atenuar la tendencia a pensar que la solución al problema de la delincuencia es una represión cada vez más severa”.⁸⁴ En el nivel formal, la consolidación de los órganos encargados del control penal directo es un aspecto indispensable. Sin instituciones eficaces y sin funcionarios conscientes de su poder social y político (en el sentido no partidista), la mejor legislación resultará ineficaz. Así, un Organismo Judicial que no asuma su responsabilidad de verdadero poder del Estado no podrá actuar de manera independiente en el marco de

84 Rivera Beiras, **Ob. Cit.** pág. 237.

85 Ibid.

relaciones con los demás poderes.⁸⁵ En el ámbito de la legislación, debe tenerse en cuenta que las reformas deben ser coordinadas y pragmáticas. No es racional llevar adelante una reforma liberal del derecho procesal penal y conservar un código penal represivo. Establecer en el primero, por ejemplo, un amplio criterio de oportunidad de la persecución penal y, en el segundo, aumentar el número de comportamientos delictuosos y agravar las sanciones. No se puede hacer depender la represión de la intervención de las víctimas en un número cada vez mayor de delitos y, al mismo tiempo, no mejorar el acceso a la justicia ni prever respuestas penales alternativas.

Resulta inconveniente pretender reforzar un sistema procesal equitativo y fomentar la utilización del derecho penal como medio expeditivo para resolver los problemas planteados por la ocupación de tierras, tratándolos ampliamente como casos de usurpación sin considerar que pueden constituir asuntos de orden civil. Guatemala es un claro ejemplo de este tipo de descoordinación, se aprobó la reforma procesal penal en 1994, y se mantuvo un código penal con principios de los años cuarenta, aumentándole las penas en 1996.

Es así mismo contraproducente tratar de combatir el grave problema de los secuestros violando el principio de legalidad, en el Artículo. 201, del Código Penal no se dice en qué consiste el plagio o secuestro, por ejemplo, y estableciendo penas extremadamente severas, en este caso la muerte automática para los autores. Situación que se agrava cuando se recurre a medios y procedimientos extrajudiciales y expeditivos. De modo que no se trata de reprimir más severamente, sino de reprimir de manera adecuada y eficaz. Con este objeto, deben preverse medidas sustitutivas o alternativas de las penas privativas

⁸⁵ Ibid.

de corta y mediana duración. Penas que evitarían, por ejemplo, la sobrepoblación en los establecimientos penales; pero que constituirían al mismo tiempo respuestas que no sean percibidas como equivalentes a la impunidad. De acuerdo con la naturaleza de los delitos, podrían considerarse como sanciones el trabajo en favor de la comunidad, el retiro del permiso de conducir, la reparación forzada del daño producido. Y en ciertos casos, la conciliación entre las partes como solución del conflicto (hace tiempo previsto en algunas legislaciones para los delitos perseguibles a iniciativa privada y delitos de poca gravedad). “En esta perspectiva, debería también considerarse la posibilidad de utilizar, en los casos que las conciernen, algunas de las respuestas que dan las comunidades nativas, siempre y cuando sean conforme a los derechos humanos”.⁸⁶

2.1.1. La política criminal y un estado democrático de derecho

Al plantearse la cuestión criminal desde la política, se está significando que dice en relación con el poder, esto es, con la capacidad de definir dentro de la estructura social y, por tanto, consecuentemente de dirigir y organizar. Es por eso que en ese sentido estado y política criminal aparecen como consustanciales, si bien es evidente que puede haber muchas políticas criminales dentro de un estado, en la medida que el poder esté repartido y en cuanto haya la posibilidad de diferentes movimientos de expresión. Luego, política criminal es poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal. Esto implica varias consecuencias, que para definir los procesos criminales necesariamente la política criminal ha de tener en cuenta a la criminología, en la medida que ésta representa un análisis sociológico de los procesos de criminalización y, por tanto, de cuáles son los instrumentos

⁸⁶ Borja Jiménez, **Ob. Cit.** pág. 120.

y mecanismos a través de los cuales el poder va definiendo y construyendo lo criminal. “Y, consecuentemente en qué medida ellos a su vez son formas criminógenos y de criminalización”.⁸⁷ Pero, a su vez en cuanto la política criminal informa todo el sistema legal en relación a la cuestión criminal y este es el instrumento formal de definición, la criminología aparece indisolublemente ligada a la política criminal, sin ella no tendría razón de ser. Por otra parte, la dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición. Por eso y en forma más precisa, la dogmática penal no puede pensarse como algo autónomo y válido en sí mismo, sino sólo desde la política criminal. Más aún su sentido desde la misma es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto el proceso es uno de los ámbitos básicos en que se ejecuta la política criminal.

Ahora bien, como la política criminal tiene relación con la cuestión criminal dentro del sistema, necesariamente ello implica comprender como un todo los diferentes aspectos que implica el proceso de criminalización, esto es, considerarlos como un sistema de control penal. Esto es, no sólo las leyes (penales, procesal penales, etc.), sino las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal, el sistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Luego, mirada la cuestión criminal desde la política ello implica que no hay estancos separados o independientes, sino que todos forman una unidad, de modo que el hecho de tener la mejor ley todavía no significa nada y, menos aún, si sólo es en un determinado ámbito (penal o procesal penal). Se requiere tener un cuerpo coherente de leyes, instancias e instituciones y operadores sociales. Nada se saca con tener una excelente ley policial, si la formación de la policía sigue manteniendo el

⁸⁷ Bustos Ramírez, Juan. **Política criminal y estado**. pág. 15.

autoritarismo y militarismo, y tampoco no es suficiente con tener la mejor ley penal si el proceso penal es inquisitorio. “En otras palabras una política criminal exige también considerar líneas concretas de acción, es decir, cómo actúan los operadores sociales”.⁸⁸ Pero, también hay que convenir que puede haber diferentes políticas criminales y lo que nos interesa es analizar aquella propia a un estado de derecho social y democrático. Luego, cómo ha de ser el poder de definición de los procesos criminales en un estado que tiene como fundamento la libertad y la igualdad.

2.1.2. Características generales de una política criminal de un estado de derecho Social y democrático

a. Una política criminal en cuanto tiene que partir del mundo real y por tanto utilizando metodología y técnicas propias al estudio de los fenómenos sociales, necesariamente tendrá que llegar a la conclusión que el principio de igualdad en que se funda el estado no es una realidad, sino sólo un programa. “Esto es, que hay discriminación, que se da una desigual distribución de la criminalización, del poder de definir lo criminal, por tanto no sólo de bienes e ingresos”.⁸⁹ Luego, un primer aspecto a considerar es la necesidad de redistribuir el poder de criminalización, de modo entonces de ir descendiendo las cuotas de discriminación. A su vez ello significa que tal redistribución ha de abarcar todo el sistema criminal, las leyes, la policía, el proceso, etc. Por eso, aunque parezca paradójico no es extraño que, por una parte, se descriminalice comportamientos (delitos de bagatela, hechos que no afectan a un bien jurídico, etc.), más al mismo tiempo se criminalicen otros (así hechos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, etc.) De ahí también que no puede sorprender que a los jóvenes se les excluya del sistema penal de los

⁸⁸ Rivera Beiras, **Ob. Cit.** pág. 238.

⁸⁹ Bustos Ramírez, **Ob. Cit.** pág. 17.

mayores, pero al mismo tiempo se configure un derecho penal juvenil. Ahora bien, precisamente esta desigual distribución de la criminalización, obliga a considerar al propio sistema de control penal como criminalizador y criminógeno, esto es, con un abuso o exceso de violencia, y, por tanto, ello requiere llevar a cabo su constante revisión. Se trata, por otra parte, si se es coherente con el principio de igualdad, de asumir que en una sociedad hay diferencias culturales y sociales, lo que obliga a su vez a una mayor profundización crítica de la desigual distribución del poder de definir, en cuanto éste tiende a no considerar dichas diferencias y en tal sentido a operar como opresor.

El caso más claro de ello es la forma como el poder penal se ha relacionado con las culturas indígenas o autóctonas, desconociendo y subyugando su cultura y por tanto su lengua y sobre todo sus formas jurídicas. También ha sido otro ejemplo relevante en nuestros países la forma de relacionarse del poder penal con los jóvenes, a los cuales se les ha aplicado una legislación propia al positivismo naturalista, que ha desconocido su carácter de personal.

b. Por otra parte, una política criminal que tiene como fundamento la libertad, no puede partir desconociéndola y convirtiendo a las personas en meros instrumentos o sujetos a tutela. De ahí que el punto de partida no puede ser una separación entre buenos y malos, entre determinados al crimen y otros que no, sino de una relación libre de las personas con el sistema. Desde esta perspectiva lo fundamental es la relación entre la persona y el Estado, en el sentido que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento de la persona como ente autónomo y por eso mismo de sus derechos y garantías. “La historia de esta relación la podemos dividir en tres momentos: el de la carta magna, en el cual sólo hay el reconocimiento de los pares, el de la revolución francesa en

que se amplía a los ciudadanos y el posterior a la segunda guerra mundial en que se extiende a todas las personas (también los niños, los jóvenes, los que no son ciudadanos)".⁹⁰

Es decir, el programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios de libertad de las personas con el sistema. Por eso no se puede partir de la premisa que las normas son imperativas ni que motivan a las personas, ello contradice el principio de libertad, simplemente instruyen o informan sobre determinados modelos de comportamiento. Luego, no sólo la fuerza, la tortura, contradicen la libertad, sino también la manera como se concibe la relación entre el sistema y las personas. Esto es, el poder penal no puede ser configurado de tal manera que excluya el ejercicio de los derechos de una persona o lo elimine en cuanto tal. En este contexto se inscribe la discusión sobre las formas de legalización del aborto y también del consumo de drogas. Es por eso que una política criminal en relación a la seguridad ciudadana, en cuanto la seguridad no es sino la condición básica de la libertad, no puede servir justamente para afectar la libertad.

La seguridad ciudadana no se puede convertir a pretexto de situaciones de emergencia en una violación constante de los derechos fundamentales o en una informadora de una política criminal destinada a su afección. "No hay pues una equivalencia entre seguridad (u orden) y libertad; la seguridad (o el orden) son sólo presupuestos para una mayor amplitud de la libertad y, por tanto, en caso alguno pueden ser configuradas de modo que la restrinjan".⁹¹ De ahí que hoy, dado que las formas de control están repartidas, que cada vez hay más organismos de seguridad de todo tipo más allá de los aparatos públicos, las garantías a la libertad han de ser más profundas e intensas. La relación persona Estado,

⁹⁰ Bustos Ramírez, Juan. **Política**. Pág.18.

⁹¹ **Ibid.** Pág. 20

no es sólo con la sociedad política, sino también con la civil. El poder de control cruza a ambas y no sólo en un control blando, a través de los controles informales, sino a través de controles duros o fuertes.

c. Pero también se trata de una política criminal de un estado social, luego ello exige que haya una socialización del poder de definición. Esto es, una efectiva participación de todos, no sólo en el sentido representativo (esto es, a través de la elección de representantes) sino también mediante la descentralización real; lo cual, por una parte puede implicar formas plebiscitarias, pero también un aumento de la desproblematización de la cuestión criminal, en el sentido de devolver a las partes la resolución de los conflictos sociales. “Si la cuestión criminal no es más que un conflicto social muy intenso que se ha problematizado y definido desde el poder que lo asume y controla, se trata entonces de devolver a las personas lo que les es propio y que ellas mismas lo superen, de ahí la necesidad de intensificar las formas de mediación o reparación”.⁹²

Es por eso que tampoco necesariamente puede asustar la cifra oscura de la criminalidad, pues ello en gran medida puede significar que la sociedad está en capacidad de asumir que una gran cantidad de conflictos intensos tengan otra solución o no la tengan. Otra cosa diferente, como ya hemos señalado, es el de la discriminación y que en general en las cárceles de cualquier país la mayoría de la población penitenciaria pertenezca a un determinado estrato social, al más desfavorecido. Una socialización del poder de definir implica a su vez un control del control, esto es, propiciar instancias comunitarias participativas que ejerzan un control de los poderes de definición, tanto públicos como privados. De ahí que no sólo han de darse agrupaciones de consumidores, ecologistas y

92 Ibid. pág. 22

otras, sino sobre todo de defensa de los derechos fundamentales o humanos. Una existencia de socialización del control significa partir reconociendo que dentro del sistema predominante de todos modos tendencias autoritarias, centralistas y mesiánicas.

d. Por último se trata de una política criminal de un estado de derecho; simplemente se trata de la organización jurídico social del sistema, no hay pues una fundamentación absoluta o categórica, no se trata de una cuestión de fe ni de carácter científico puro, sino de algo relativo en cuanto está destinado sólo a una mejor organización del sistema para la felicidad de las personas. De ahí que el sistema de control penal sólo es una cuestión de extrema y estricta necesidad, pero sin que ello tenga capacidad para legitimarlo, sino simplemente para hacerlo explicable desde una política criminal cuyo sentido tiene que ser el que los conflictos sociales se resuelvan por vías no violentas. De ahí que en la base misma del sistema reside su propia deslegitimación, en la medida que siempre implica una determinada violencia sobre las personas y, por tanto, una contradicción con la finalidad perseguida, que es la no violencia. Es por eso que la violencia ejercida ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, no reactiva. “Luego, ello excluye violencias duras, como la pena de muerte, el presidio perpetuo, las penas largas privativas de libertad, pues así se contradice en forma sustancial la finalidad perseguida. Por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal”.⁹³

2.1.3. Los diferentes planteamientos políticos criminales existentes en la actualidad

Aunque no se explicita, a pesar que se señale que sólo la dogmática es válida, es evidente que siempre nos encontramos con una determinada política criminal. “Después de la

93 Ibid. pág. 23.

segunda guerra mundial junto a la subsistencia de la retribución, tuvo un gran auge la prevención especial la obra más trascendente, por su repercusión internacional, fue la nueva defensa social de Mark Ancel sobre la base de la idea de la resocialización, que aún se plasmó en textos constitucionales”.⁹⁴

Pero pronto se levantaron las mismas críticas que se tuvo a principios de siglo, a pesar de la trascendencia que asumió entonces el positivismo naturalista que la propiciaba, esto es, que implicaba el desmonte de todas las garantías de la persona frente al estado y en definitiva la pérdida de su autonomía ética y su tutelaje por parte de éste. Es por eso que en los últimos tiempos han renacido las posiciones preventivo generales, con las cuales nació el derecho penal moderno, pues hay que recordar que la primera gran obra sistemática y garantista fue la de Feuerbach, quien la elaboró desde un planteamiento político preventivo general, que precisamente lo plasmó en el principio de legalidad de los delitos y las penas.

2.1.4. Hacia una política criminal democrática

Aparece de suyo que las políticas criminales preventivo generales y sobre todo las positivas radicales tienden a convertir el sistema penal en prima ratio y no en última ratio o extrema ratio como siempre se ha sostenido y en especial en los últimos tiempos. En efecto, si consideramos el planteamiento finalista, la política criminal se va a preocupar sólo de los desvalores de acto cuando todo el resto del ordenamiento jurídico se preocupa sólo de los desvalores de resultado, esto es, en la medida que un derecho subjetivo ha sido efectivamente violado. El sistema penal se convierte no en el vértice último del sistema de control o de sanciones, sino en la base misma de él. “En ese sentido Jakobs lo

⁹⁴ Ancel, Marc. *La defense sociales Nouvelle*, 1981.

lleva hasta las últimas consecuencias, pues lo esencial será la fidelidad al sistema, lo cual entonces estará con fundamento mismo de él y sirviendo a todos los demás sectores del derecho”.⁹⁵

Una tal concepción es propia del más marcado autoritarismo, de la creencia en la inmutabilidad fundamental del sistema y en la anticipación del mundo feliz de Huxley. Todo lo contrario de una concepción de un Estado social y democrático de derecho, que por su esencia reconoce la existencia de desigualdades, asume las diferencias culturales, reivindica la libertad de las personas y su participación en él.

De ahí que una política criminal democrática tiene que partir reconociendo que el poder de definir no es más que una facultad del Estado, su autoconstatación, y que por tanto no hay una cuestión de legitimidad, sino simplemente que las propias personas le han otorgado un poder para ponerlo al servicio de las personas. Pero sin desconocer al mismo tiempo que tal servicio a través del ejercicio del control penal implica a su vez siempre violencia y que si la finalidad de un sistema democrático es resolver los conflictos sociales a través de la no violencia, ciertamente hay entonces una ilegitimidad de origen en el control penal, que necesariamente ha de estar considerada en la base de una política criminal democrática.

De ahí que el ejercicio del control punitivo ha de estar basado en argumentos tan fuertes (extrema ratio) que justifiquen tal servicio y por eso mismo, por esencia, sujeto a crítica y revisión constante.⁹⁶ Es por eso que desde un comienzo aparecen como esenciales los principios limitativos de ese poder de definir, en cuanto su trasgresión implica desconocer su origen y su finalidad. Tales principios pedagógica y metodológicamente se pueden dividir en: de carácter material y formal, pero sin perder de vista que conforman una unidad

⁹⁵ Borja Jiménez, **Ob. Cit.** pág. 95.

⁹⁶ *Ibid* pág. 97.

imprescindible. En ese sentido, desde un punto de vista material, la dignidad de la persona aparece coherentemente como el primero, en cuanto se ha de partir de su autonomía e indemnidad personal (es decir, no tutelada o absorbida por el sistema), el segundo la protección de bienes jurídicos, en cuanto ellos son propios a la persona (es decir, el reconocimiento que el control penal está al servicio de ella) y tercero la necesidad de la intervención (que recuerda la ilegitimidad de origen del control penal), en la medida en que ella puede que no sea indispensable, no sea la mejor forma o provoque mayores males.

La perspectiva formal no es sino la plasmación procesal de estos principios y así hay que entender el llamado principio de legalidad de los delitos y las penas, y por eso en su base esté el principio de conocimiento, esto es, que las personas conozcan qué es lo que está prohibido, la norma sólo tiene un sentido instructivo o informador. Estos principios hay que entenderlos no sólo aplicables al derecho penal, sino al sistema penal en su conjunto, entendiéndolo por lo tanto a todos los sectores legislativos de él, como a todas sus instituciones y operadores. “Ellos, a su vez, han de plasmar las exigencias básicas de un sistema democrático, que son las de redistribución del poder penal, de favorecimiento a las libertades de las personas, de devolución a los propios participantes del poder de definir y de propiciar un control del propio poder penal. Sólo así podremos configurar una política criminal de un Estado social y democrático de derecho”.⁹⁷

2.1.5. Política criminal y seguridad ciudadana

Si se concibe a la política criminal como una estrategia para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, que como toda política pública se integra con presupuestos de los que se parte, objetivos que se pretenden alcanzar e instrumentos idóneos para conseguir estos

⁹⁷ Ibid.

últimos, fuerza sería concluir que a lo largo del siglo XX, Latinoamérica no ha contado con una verdadera política criminal. “Desde luego, no ha existido estrategia alguna coherente en esta materia, que partiendo de presupuestos criminológicos, dogmáticos y políticocriminales claros, se haya propuesto conseguir determinados objetivos mediante el diseño e implementación de los correspondientes instrumentos políticocriminales”.⁹⁸

Una revisión de la legislación penal de la última centuria muestra que las modificaciones que se han introducido obedecen a la necesidad de dar respuesta a coyunturas determinadas relacionadas con el impacto que ciertos delitos producen en la opinión pública, lo que se ha traducido en el aumento de las penas de algunas infracciones y en general en la exacerbación del rigor penal, en lo que dice relación, en especial, con algunos delitos en contra de la propiedad cometidos por medios materiales hurtos y robos, de la libertad sexual y personal. Ha existido y hay política económica, de salud, educacional, agraria, minera, laboral, internacional, etc., pero nunca hemos contado con una política criminal. A nadie se le ocurriría, por ejemplo, legislar e implementar medidas de todo orden de carácter económico que no partieran de presupuestos técnicos determinados y persiguieran el logro de ciertos objetivos en coherencia con dichos presupuestos.

Sin embargo, tratándose de la política criminal pareciera que ello no es necesario. No se requerirían estudios técnicos de los entendidos criminólogos, expertos en política criminal, penalistas, procesalistas para realizar diagnósticos sobre la criminalidad y establecer objetivos a conseguir y prioridades, mediante instrumentos idóneos. Cualquiera sería capaz de hacerlo. Para ello bastaría el sentido común, la intuición. La explicación de esta

98 Mera Figueroa, Jorge. Política criminal y seguridad ciudadana. pág. 31.

disparidad de criterios para abordar, por una parte, la política criminal, y por la otra, el resto de las políticas públicas, podría quizás radicar en el hecho de que la política criminal dice relación con un aspecto de la realidad social especialmente sensible, a saber, la inseguridad ciudadana provocada por la criminalidad, entendida como el temor generalizado de la población de ser víctima de los delitos.

Esta circunstancia determina sobre todo en épocas de crisis de inseguridad ciudadana que la respuesta más cómoda, siempre a la mano y posible, sea la del endurecimiento del tratamiento penal. Ante la opinión pública, el estado aparece así preocupado de la materia, aunque su respuesta no constituya sino una receta probadamente fracasada, en Guatemala esta última experiencia la vivimos en el año 1996, con el incremento de la pena de 30 a 50 años máximos de prisión, y la de multa hasta un máximo de doscientos mil quetzales. Contrariamente a lo que pareciera ser el sentir generalizado de nuestra población lo que corroboraría una vez más que en materias penales no se cumple el adagio de que la voz del pueblo es la voz de Dios, el exceso de rigor penal no es un mecanismo eficaz en la lucha en contra de la delincuencia. Investigaciones criminológicas realizadas en diferentes países muestran que no existe correspondencia entre, por una parte, los grados de represión de los sistemas penales, y, por la otra, las tasas de criminalidad. No es efectivo que el aumento de la represividad produzca el efecto de disminuir la delincuencia; *de acuerdo con el libro ya referido de Jorge Mera Figueroa.*

Países homogéneos socioeconómica y culturalmente que cuentan con distintos sistemas penales, unos más severos, otros más liberales, ostentan similares niveles de delincuencia. Ello se explica porque el delito es la expresión aguda de conflictos personales y sociales complejos y el sistema penal, atendidas sus limitaciones, sólo capta

una parte del conflicto, sin alcanzar el trasfondo social y personal, de tan variada naturaleza, que ha incidido en la comisión del delito. A lo que debe añadirse, como lo saben desde hace mucho tiempo los criminólogos y debieran tenerlo en cuenta los responsables de la política criminal, que el delincuente a lo que verdaderamente teme no es tanto a la pena (de la que espera escapar), sino a ser descubierto, esto es, a la eficacia del sistema penal. En un país donde solo el 2% de los homicidas van a juicio, tal eficacia es del cero %. Por ello los linchamientos y la quema de presuntos delincuentes no dejan de tener presencia en los titulares de los medios. Que el exceso de rigor penal no consigue el fin perseguido. Paradigmáticamente el tratamiento penal que tienen el hurto y el robo en nuestro país.

Según el libro: **Política criminal y seguridad ciudadana**; en 1940, en respuesta a una crisis de inseguridad ciudadana por el real o supuesto aumento de los robos con violencia o intimidación, se empezó a aplicar la denominada ley fuga del célebre Jorge Ubico, que constituía una ejecución extrajudicial aplaudida por los ciudadanos que todavía en estos tiempos recuerdan con añoranza la época en que se podía dejar la puerta abierta y los perros se amarraban con longanizas. Qué ha ocurrido con la frecuencia de los robos con violencia o intimidación en las personas o las denominadas extorsiones y las muertes de pilotos, que son en el momento presente la principal causa de la inseguridad ciudadana originada por la delincuencia. Durante los años de 1954 hasta la actualidad, la pena por robo va de seis a 12 años de prisión, el homicidio subió de un margen de ocho a 20 años, a una pena de 15 a 40 años, pero la criminalidad no sólo se ha mantenido sino ha aumentado, al punto de que tenemos más muertos diarios que Irak cuando fue invadida. Sorprende la reacción de algunos sectores frente al aumento de los delitos, en el sentido de pedir a las autoridades mano dura en contra de los delincuentes, elevando

las penas. Ello revela ignorancia u olvido de nuestro derecho penal, pues las sanciones vigentes son durísimas y, racionalmente, no podrían ser aumentadas. Ahora además se recurre a leyes casuísticas como la restricción de pasajeros por moto. La errónea creencia en la eficacia del rigor penal produce diversos efectos humanos y sociales negativos, entre los que cabe destacar los siguientes:

- Sufrimientos inútiles, los que, además, son distribuidos inequitativamente en la población, recayendo, en forma abrumadoramente mayoritaria, sobre los sectores más desprotegidos, que son los que resultan más vulnerables a la intervención del sistema penal.

- Se crea la ilusión a la manera de un falso tranquilizante de que la mayor represividad es un instrumento idóneo para controlar la criminalidad, confianza peligrosa en cuanto obstaculiza o dificulta la adopción de otras medidas de diverso orden que sí podrían contribuir a avanzar en la solución del problema; y, por último.

- El rigor penal excesivo del sistema penal tiene carácter criminógeno, es decir, contribuye a la generación y reproducción de la criminalidad. A este último respecto cabe observar que mediante los mecanismos de las detenciones policiales la inmensa mayoría de las cuales afecta a sospechosos, muchas veces primerizos de infracciones sin mayor relevancia, como ebriedad o consumo de drogas; de la prisión preventiva, que se aplica en la práctica como la regla general a los procesados a los que, por otra parte, se presume inocentes; y el abuso de la pena de cárcel, prevista para toda clase de delitos y de autores, sin consideración a la gravedad de las infracciones y a las necesidades y características de los condenados, es el propio funcionamiento del sistema el que contribuye a estigmatizar a los imputados de delitos como delincuentes y a ponerlos en contacto muchas veces

innecesariamente con los establecimientos de detención y prisión, con el consiguiente riesgo de la desocialización y del contagio criminal a que “un porcentaje de éstas personas alcanzadas por el sistema penal ingresen a la carrera criminal o refuercen su decisión de mantenerse en la misma”.⁹⁹ Sic.

- Los delitos afectan algunos de los más importantes derechos de las personas, cuya protección constituye un deber del estado impuesto tanto por la constitución como por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en el país. De ahí que surja a la vez el deber del estado de desarrollar una política criminal eficaz dirigida a la prevención y sanción de la criminalidad. Debe tenerse presente en primer lugar que el sistema penal es sólo uno de los instrumentos, de última ratio, de que disponen el estado y la sociedad para enfrentar el fenómeno de la criminalidad. “Un instrumento que, por lo demás, llega demasiado tarde, por lo que el énfasis debe estar puesto en preventivo relacionadas con las de capacitación, familiares, urbanas, fenómeno de la delincuencia”.¹⁰⁰

- En lo que respecta al sistema penal debe tenerse claridad sobre sus posibilidades y limitaciones, con el fin de utilizarlo adecuadamente y no hacerse falsas expectativas a su respecto. “En este sentido hay que destacar que el objetivo del sistema penal no es la erradicación o supresión de la delincuencia, sino que uno más modesto, su disminución, o cuando menos su control”.¹⁰¹

- El delito es un fenómeno inevitable como la enfermedad y la muerte, consecuencia como es de la imperfección de la sociedad y del ser humano. La sociedad debe, por tanto, acostumbrarse a vivir con una dosis inevitable de criminalidad, sin perjuicio, por cierto, de

99 Gil Lavedra, Ricardo R. **Lineamientos para una política criminal en materia de seguridad ciudadana.** pág. 6.

100 **Ibid.** Pag. 30

101 Mera Figueroa, **Ob. Cit.** pág. 32.

hacer los máximos esfuerzos compatibles con las garantías penales propias de un estado de derecho para disminuirla en la medida de lo posible. “Cabe observar a este respecto que la única doctrina que ha planteado como meta utópica la supresión de la delincuencia es el marxismo ortodoxo, por cuanto, de acuerdo con dicha posición, la ideal conformación de las relaciones sociales que se alcanzaría con el comunismo haría desaparecer las contradicciones que originan la delincuencia”.¹⁰²

A continuación enunciaremos esquemáticamente las que nos parecen las principales bases de una política criminal eficaz a ser desarrollada por un estado democrático de derecho.

- En primer lugar habría que destacar la necesidad de una fundamentación científica de la política criminal, que permita realizar diagnósticos adecuados, establecer prioridades y orientar adecuadamente la inversión y canalización de los escasos recursos del sistema penal, racionalizando su uso, de modo de obtener un óptimo aprovechamiento.
- En segundo lugar debe crearse un eficiente sistema de investigación y persecución criminal, a fin de reducir los elevados índices de impunidad, que representan una de las mayores falencias del sistema, y contribuyen en importante medida a la inseguridad ciudadana. Un sistema eficiente cumple no sólo una función represiva sino que también preventiva, en cuanto lo que el delincuente teme, especialmente los más violentos, no es tanto a la sanción como a ser descubiertos y alcanzados efectivamente por el sistema penal.

102 Gil Lavedra, **Ob. Cit.** pág. 7.

- “En tercer lugar es preciso distinguir entre la criminalidad organizada y la común, diseñando en relación con ambas categorías diferentes instrumentos políticos criminales”.

¹⁰³ En el ámbito penal sustantivo debiera descriminalizarse la criminalidad de bagatela, aquí en nuestro país al referirse a esta expresión generalmente se habla de delitos cuya pena no exceda de cinco años, tal como se refleja en el Decreto 51-2002, en donde se pretendía que estos delitos los juzgaran los jueces de paz penales. También resulta oportuno explorar otras posibilidades de descriminalización de acuerdo con el carácter de última ratio que se reconoce al derecho penal; realizar una definición político criminal de la pena privativa de libertad, reservándola para el núcleo más duro de la criminalidad, estableciendo para el resto penas y medidas alternativas que se adecuen a la gravedad del hecho y a las características de los infractores; y en general, ajustar nuestra legislación penal a las exigencias de los derechos humanos, límites del ius puniendi.

- En cuarto lugar, es preciso perfeccionar el funcionamiento del sistema penal con el fin de prevenir sus posibles efectos criminógenos. Mientras la actuación sobre los otros factores que influyen en la criminalidad de índole económico-social sólo podría en el mejor de los casos producir efectos positivos en el mediano y seguramente en el largo plazo, el mejoramiento y racionalización del sistema penal, es un hecho cultural que depende de la voluntad política de la sociedad que no demanda mayores recursos y podría producir resultados a más corto plazo.

- “En quinto lugar es preciso regular separadamente en los aspectos penales, procesales y penitenciarios la responsabilidad penal juvenil, en términos coherentes con las normas internacionales sobre la materia, que le reconocen a los menores su condición

103 Mera Figueroa, **Ob. Cit.** pág. 35.

de sujetos de derechos, titulares por tanto del conjunto de las garantías penales, y de otras adicionales acordes con su condición”.¹⁰⁴

Finalmente, debe enfatizarse la necesidad de proteger adecuadamente a la víctima, la gran olvidada del proceso penal moderno y en especial del inquisitivo, respetándole su dignidad, evitando en particular la victimización secundaria que sufre a manos del propio sistema, protegiéndola y asistiéndola efectivamente, informándola de sus derechos y de la marcha del proceso e incentivándola a cooperar con la investigación. En otro orden, deben facilitarse los acuerdos reparatorios entre autor y víctima, en el caso de la criminalidad leve y mediana que afecte sólo o principalmente los intereses de esta última, más interesada en la reparación que en el castigo. “Por último, debiera ampliarse el espectro de los delitos de acción privada, permitiéndole a la víctima conducir la acción penal de una forma más acorde con sus verdaderos intereses”.¹⁰⁵

2.2 Política criminal y seguridad pública

Los hechos delictivos, su combate, difusión y vivencia, han hecho que lo referente a la seguridad pública hoy en día, sea el tema prioritario que ocupe uno de los espacios más importantes en la agenda de gobierno. En ese tenor, se ha hablado de la necesidad de diseñar programas, acciones y estrategias para lograr dar seguridad a la sociedad, se menciona la falta de una política criminal seria, que permita alcanzar el anhelado triunfo para la comunidad, de sentirse seguros en sus personas y bienes. “Sin embargo, el concepto de la seguridad pública se ha visto reducido a la simple lucha del bien contra el mal, policías contra ladrones, y bajo esta concepción, la política criminal se entiende sólo como el aumento de penas, incremento de policías, más operativos, estigmatización de

104 *Ibid*, pág. 36.

105 *Ibid*. pág. 38.

ciertos sectores sociales, todo con el único fin de reducir el índice de denuncias”.¹⁰⁶ Ante tal situación, para poder hablar de política criminal es necesario, primero, ubicarla en un concepto real de seguridad pública, ya que sólo así se puede entender el rol que juega en esta búsqueda de seguridad, no hacerlo, permite dar continuidad a lo que hasta ahora, ha mostrado su ineficacia.

2.2.1 Seguridad pública

La seguridad pública pese a ser un tema de moda en nuestro mundo contemporáneo, no es algo nuevo; es más, el concepto es pilar en la construcción del estado. La seguridad no es una frase reducible al evento delictivo, el término seguridad va ligado a una sensación, a una percepción de certidumbre de mantener la vida, la salud, la libertad entre muchos otros valores fundamentales de la sociedad. La construcción de seguridad, adquiere el matiz público cuando el estado asume el compromiso de otorgarla. Se debe recordar que la conformación del estado moderno, se da por la cesión de espacios de libertad de los hombres que confían en la creación de ese ente superior como lo adecuado para regular la vida en sociedad, preservando los valores primordiales de su característica universal: el ser humano. Por tal razón, el término seguridad pública no puede ser reducido a la confrontación de los hechos delictivos, a su prevención o castigo.

El generar un concepto tan reducido aparta el ideal democrático de edificación del estado moderno, y se avanza en el sentido del estado absoluto, donde el poder es el centro de las acciones de gobierno y los soberanos (gobernados) los destinatarios, sin que los postulados de protección de esos valores fundamentales de la sociedad sean recogidos por el poder totalitario. Como ejemplo de esto, se ha privilegiado el índice de denuncias

¹⁰⁶ Gudiño Galindo, Julián Jesús. *Política criminal y seguridad pública*, pág. 45.

como indicador de logros o fracasos en materia de seguridad pública. Cuando este indicador se somete a criterios más rigurosos en su análisis, resulta fácilmente refutable, por lo que no es el mecanismo idóneo para medir lo que hasta ahora se ha pretendido medir con él; actualmente, el índice de denuncias, sin la comparación de otros indicadores, como la cifra oscura del delito, sólo coadyuva para medir el nivel de confianza o desconfianza de la sociedad en sus instituciones.

Es en ese escenario, donde la búsqueda del castigo y de la prevención de los fenómenos antisociales encuentra su razón de ser, y por tal, concentra el término seguridad pública en el ideal de la política criminal con sentido represivo, lo principal es el resguardo del estado; ya que él, es el que puede contener los efectos de los hechos delictivos y en esos términos, dar protección (seguridad) a la sociedad. En esta escena es donde la seguridad pública se comprime a policías y cárceles, el sentido de venganza social se agudiza y el reclamo al Estado de los satisfactores sociales se pierde en la penumbra de la lucha contra la delincuencia. Si se toman en cuenta los postulados del Estado democrático y de derecho, cuyo fin es el bienestar común a través del respeto del principio de legalidad y considerando a la seguridad en un amplio espectro, podemos generar un verdadero concepto de seguridad pública, no limitado al fenómeno delictivo.¹⁰⁷

Tal concepto lo encontramos definido por dos planos, que a su vez se integra por un carácter objetivo y uno subjetivo y dos sentidos, uno amplio que se define por políticas sociales y uno estricto, conformado por políticas criminales y dos subsistemas. “Siguiendo el esquema del concepto, tenemos que el plano individual se integra de: a) Un carácter

107 Cruz Castro, Fernando, **Seguridad pública**, pág. 5.

objetivo, que podríamos definir como la real inseguridad existente en la comunidad; y b) Un carácter subjetivo, que es la sensación inconsciente de inseguridad”.¹⁰⁸

El centro del aspecto objetivo radica en su nivel de probabilidad, ésto significa la falta de certeza en la aparición del evento que genera la inseguridad. El hablar del aspecto objetivo nos lleva a la realidad física y totalmente verificable por parte del sujeto que experimenta la inseguridad. Esta situación ha llevado a conformar al carácter objetivo como el pilar de las acciones gubernamentales en la materia, ya que sólo a través de hechos objetivos y tratando de exaltar los avances es como se ha pretendido generar la certidumbre de seguridad en la comunidad. Como puede observarse, la respuesta institucional se ha concentrado en hechos palpables que son evaluados por números absolutos. Esto significa que los avances se muestran a través de una operación matemática comparativa muy simple, pero objetivamente verificable, incremento y decremento de valores en lapsos de tiempo, de tal forma que cuando hay más recursos, equipo y elementos destinados a la seguridad pública, la evaluación positiva se realiza por el mecanismo de incremento; Sin embargo, la respuesta institucional apuesta a la simple objetividad; con ello, se cree que la sociedad al ver que existen incrementos en los medios y descensos en los índices delictivos debe asumir una postura favorable y brindar confianza al estado en su búsqueda de aquello que le dio origen: La seguridad de los gobernados. Esta confianza social sólo se logra a través de atender el aspecto subjetivo del concepto, sin embargo, este punto es muy vulnerable y susceptible, ya que radica en la psique de cada individuo. “Es lo que genera la actitud favorable o desfavorable de la persona ante determinados hechos”.¹⁰⁹

108 Gudiño Galindo, **Ob. Cit.** pág. 47.

109 **Ibid.** pág. 48.

La individualidad de percepción del ser humano es lo que permite la transformación constante de la actitud social ante eventos cotidianos, esta influencia ha correspondido en últimas fechas a los medios masivos de comunicación en la generación del espectáculo de la llamada inseguridad pública. Mientras tanto, el estado se ha alejado del compromiso y del desarrollo de una política para contrarrestar esta orientación de pánico y buscar proponer modelos de evaluación más reales y con tendencia a construir puentes de confianza entre gobernados y gobierno. La única solución adoptada ha sido la creación de los comités nacionales y locales de participación de la comunidad. En su concepción es una estrategia adecuada, sin embargo, se han caracterizado por mantener a la sociedad fuera de la construcción de soluciones, encasillando su participación a la presentación de denuncias y quejas de las acciones gubernamentales actuales, esto, aunado a la falta de mecanismos de evaluación de la percepción y actitud social, generan el ambiente propicio para mantener en estado de alerta a la sociedad y facilitan la vulnerabilidad en la construcción de una realidad orientada principalmente por las masas media. Una vez desglosado el plano individual del concepto, es obligado mostrar el correspondiente al nivel general, en inicio y dado su nivel de importancia, toca el momento al sentido amplio.

Como se mostró en el esquema del concepto de seguridad pública, el sentido amplio se encuentra integrado por el diseño de políticas sociales, entendiendo a éstas como todas aquellas que permiten el acceso de la sociedad a los satisfactores de las necesidades básicas, esta situación no implica el viejo modelo del estado de bienestar. “Lo que se busca es generar por parte del Estado los mecanismos necesarios para que la población acceda en términos de igualdad y conforme a sus propias capacidades, a los medios idóneos para cubrir sus requerimientos mínimos de seguridad, sin reducir a ésta, a los

eventos delictivos”.¹¹⁰ Un adecuado desarrollo de políticas sociales permitirá elevar aspectos como la educación, el empleo, la salud, entre otros factores que pueden ser elementos de aparición de conductas antisociales. Esto implica atender la probabilidad de su aparición desde antes que exista siquiera el ambiente propio para su desarrollo, genera además el vínculo necesario entre la política criminal y las acciones sociales del estado, para comenzar así a trazar los puentes con el carácter subjetivo del concepto, dando inicio a la tan alejada confianza de la sociedad en las instituciones estatales.

- Este primer nivel implica la creación de una estrategia global en seguridad pública, desvirtuando el papel actual de la justicia penal como solución a los conflictos sociales. Si se atiende en su adecuado espacio el fenómeno de la seguridad pública, podemos reducir el diseño y aplicación de las políticas criminales, manteniendo vigentes los principios rectores del derecho penal como el de última ratio y de subsidiariedad, buscando preservar el pacto social que dio origen al estado moderno. Hacerlo operable cuentan con la validez y eficacia requeridas en un estado social, democrático y de derecho. Este sistema de seguridad pública rompe con la visión lineal que a la fecha se tiene y que gira en torno de los probables responsables de cometer una conducta típica y su sentencia como fin último, que incluso, ve en los transgresores de los ordenamientos administrativos a un posible delincuente a futuro. La ruptura con la vieja concepción globalizada de la seguridad pública parte de concebir a ésta como integrada por dos subsistemas, los cuales presentan diferencias que permiten una mejor comprensión de sus ámbitos de competencia y los fines a alcanzar.

110 Cruz Castro, **Ob. Cit.** pág. 7.

Existe una delimitación clara de cada subsistema, que permite ubicar a cada uno de los actores en su ámbito de competencia. Lo que no implica que no exista una correlación entre subsistemas o actores, pero sin que ella se asuma como sobreposición de alguno sobre el otro. En inicio, se debe observar que el subsistema de administración de riesgo adopta una conceptualización distinta en lugar del viejo concepto de la prevención; ello, debido a que en términos empíricos hablar de prevención resulta inmedible y por tanto poco sustentable, ya que un hecho delictivo en realidad no puede tenerse certeza de que va a ser cometido o no. “El realizar mayores patrullajes o actos similares en una zona determinada, no le deriva el concepto de prevención, ya que no es empíricamente demostrable el evitar un hecho que no se lleva a cabo y en cambio, si se está administrando el riesgo de que ocurra, siendo más coherente decir que se llevan a cabo acciones para administrar (reducir) los riesgos, sin tener que entrar al plano de la sustentación empírica sobre bases poco sólidas en el campo de la refutación”.¹¹¹

Asumiendo la nueva categoría conceptual para el primer subsistema, tenemos que el mismo se integra por políticas criminales disuasivas; esto es, aquellas que tienden a informar a la sociedad acerca del sentido de las normas, transparentan la actuación de las instituciones y conciben esquemas ágiles de solución de los conflictos sociales sobre la base de procedimientos administrativos y para aquellos hechos que no lesionan bienes jurídicos primordiales para la sociedad; siendo en este plano donde la policía de administración de riesgo y la justicia cívica encuentran su verdadera razón de ser, ya que la policía será el garante del cumplimiento de las normas que buscan formas de conciliación de intereses sustentados en la ley de justicia cívica aplicada por jueces de ese nivel. En el plano punitivo, tenemos al subsistema de justicia penal, el cual se estructura

¹¹¹ Ibid, pág. 8.

sobre políticas criminales represivas sin que se vulneren los derechos fundamentales de las víctimas y de los probables delincuentes; esto es, esquemas que buscan la aplicación de la ley, soportados en investigaciones serias y tecnificadas para la comprobación de la conducta típica, antijurídica y culpable, condenando a los responsables a penas adecuadas al grado de lesividad del bien jurídico y su responsabilidad, compurgando (en su caso) éstas, en establecimientos adecuados para tal fin y no en sitios que agraven la aflicción de la sanción. El subsistema en cuestión, inicia formalmente con la procuración de justicia (procuradurías de justicia), que en nuestro país enfrenta el difícil reto de dar respuesta adecuada al reclamo de la sociedad de someter a los sujetos que la agravian, a un proceso penal que determine su responsabilidad y por ende de encontrar los elementos probatorios objetivos que determinen ésta, posibilitando la sanción adecuada al nivel de reprochabilidad social por la conducta cometida. “La política criminal, se encuentra en el sentido estricto del concepto de seguridad pública, su importancia radica en ser la guía para el diseño de las estrategias y acciones que se plasman en programas concretos para solucionar la demanda de seguridad en su vertiente estricta se debe considerar que la política criminal se conforma de cuatro caracteres”:¹¹²

1. El carácter social es el más importante, ya que si tomamos en cuenta que los actos de gobierno se desarrollan en una sociedad, y que la misma contiene una gran diversidad de sujetos, pensamientos, formas y conductas; resulta comprensible que cualquier ciencia que pretenda incidir en el complejo social, necesita estudiar, analizar, entender el entorno donde va a actuar, este conocimiento que Foucault llamó: Política del detalle, es imprescindible en el adecuado diseño de una política pública, y mucho más en aquella actividad que busca proporcionar seguridad a la comunidad.

112 Barrón Cruz Martín y Yáñez José Arturo, **Guardia nacional y policía preventiva**. pág. 13.

2. Debido a esa amplitud que conforma el espacio social, la política criminal necesita cubrir su conocimiento con el carácter multi e interdisciplinario; esto significa, que no se puede en el diseño de esta actividad pública, atender a una sola ciencia o campo del conocimiento; actualmente, se ha caído en el error, de considerar al derecho penal como el ingrediente único de la receta para construir política criminal. Sin embargo, para lograr entender la complejidad de la sociedad en donde se va actuar, es necesario utilizar los conocimientos de muchas ciencias (multidisciplina), y entrelazarlos (interdisciplina), para poder lograr un mayor acercamiento a la realidad del entorno, que sirva de base para el adecuado diseño de la política pública en la vertiente estricta de la seguridad pública.

3. El carácter preventivo (administración de riesgo) surge de la consideración del verdadero sentido del derecho penal: Su simbolismo que precisamente dota de contenido a principios rectores de la materia punitiva como: ultima ratio, subsidiariedad y de la consideración de las consecuencias, entre otros. Esto es relevante, porque define y ubica al derecho punitivo en su contexto real, dejando a la prevención como el elemento inicial para resolver los conflictos sociales, hecho que permite vincular al sentido estricto de la seguridad pública con el amplio; esto es, la interrelación entre políticas sociales y criminales, para dar seguridad a los gobernados.

4. "Por último, el carácter legislativo de la política criminal, implica el nivel de ayuda para la función legislativa que el conocimiento que se extrae en su diseño (a través de sus caracteres social, multi e interdisciplinario) puede brindar, además del sustento que toda política pública llega a necesitar en su implantación, a través de la creación de normas que proporcionen la base necesaria para el desarrollo de la política criminal".¹¹³ El cubrir los

¹¹³ Barron Cruz y Yáñez, **Ob. Cit.** pág. 14.

caracteres señalados, permitirá diseñar una política criminal más acorde a las necesidades sociales, desarrollando una planeación real en lapsos de tiempo previamente definidos (corto, mediano y largo), dejando atrás las actuales tendencias de actuación regidas por la emergencia en la búsqueda de mostrar eficiencia (más no eficacia) en los resultados. “La política criminal en su instrumentación, como política pública, debe cubrir tres requisitos”:¹¹⁴

Si la política criminal se genera en los parámetros de un estado democrático y de derecho, resulta obvio que la justificación de su instrumentación debe ser en los términos de un derecho penal mínimo o garantista; su contrario, es considerar que el derecho punitivo es la razón inicial de respuesta y solución a los conflictos sociales. Intentar justificar la implantación de la política criminal sobre la exaltación de la respuesta penal, implica sustentar la política pública en materia de seguridad, en el principio de oportunidad, en detrimento del principio de legalidad, situación que responde a la emergencia y el espectáculo, viciando los sentidos de igualdad y justicia, dando paso a su metamorfosis hacia la venganza. En la generación de consensos, la política criminal debe ser tan sencilla en su explicación y transparente, de manera tal, que permita el análisis y discusión por parte de las instituciones de gobierno involucradas y la sociedad a quien va dirigida. La intención no es otra que la apertura de espacios necesarios para sumar voluntades, que hagan totalmente viable la instrumentación de dicha política. Sólo si se logra el consenso de las partes (Instituciones-Sociedad), basado en la confianza del diseño, propuesta, estrategias, acciones y programas, se podrá transitar hacia las soluciones de fondo en materia de seguridad pública, lo contrario, ya lo conocemos y lo estamos viviendo. Cuando se hace mención al requisito de ser objetivamente verificable, se refiere a la medición de

114 Cruz Castro, **Ob. Cit.** pág.11.



los resultados que la política criminal genera en la implantación de sus programas. Esto es, que pueda demostrarse lo que se pretende, con un nivel de refutación muy bajo o nulo. Sobre la base de los objetivos que se plantean y que deben ser de conocimiento público, los resultados que se obtienen deben ser tan claros que permitan a todo el conjunto social, evaluar el alcance de la política pública. La intención es revertir la actual tendencia a la autocalificación gubernamental sin ningún sustento real (previamente conocido); el decir que el aumento de unidades, armas, elementos o la reducción del número de denuncias, son las pruebas de los resultados favorables, es dar validez al espectáculo que en nuestra actualidad alimenta las campañas políticas, llenas de demagogia y carentes de planeación y propuesta para la solución de los problemas reales que la sociedad padece. La aceptación o rechazo de los resultados que presentan las instituciones de gobierno responsables de la seguridad pública, debe ser por parte de la sociedad, a través de dos mecanismos:

a) Directos: encuestas de opinión y actitud

b) Indirectos: “por el poder legislativo, en uso de su representación social”.¹¹⁵ Esta calificación de resultados, deberá ser guía en los procesos electorales, sólo que para llegar a este nivel, se necesita intensificar el acceso a la información y el conocimiento. La sociedad informada y con un mínimo conocimiento de las materias que intervienen en la seguridad pública, podrá exigir un adecuado diseño de política criminal, que postule la eficacia en la solución de los problemas de fondo. Una vez descritos los caracteres y requisitos que la política criminal debe cubrir, es el turno para señalar la ruta que debe seguirse en su diseño. El diseño de la política criminal debe partir de un diagnóstico

115 Barron Cruz y Yáñez, **Ob. Cit.** pág. 22.

profundo y no visto sólo desde una sola óptica, como el derecho penal, la interacción de diversas disciplinas en la elaboración del diagnóstico, permitirá conocer mejor la realidad y buscar alternativas de solución sobre esa base. “Debemos recordar que el conocimiento posibilita conjugar esfuerzos hacia el logro de un objetivo perfectamente definido, lo demás, son sólo acciones que surgen por la necesidad del momento, pero que no inciden en la construcción real de las soluciones”.¹¹⁶

En la elaboración del diagnóstico, se debe ser veraz, no debe ocultarse información por el temor a ser calificado de manera negativa, pero tampoco, debe generarse una exaltación de acciones o logros fuera de su verdadera esencia. La intención de todo diagnóstico, no debe ser la reprobación o aceptación de las acciones o estrategias; el sentido que orienta este trabajo, es el conocimiento para la generación de una adecuada política pública. Una vez que se tiene un diagnóstico profesional, se escribe la gran carta a Santa Claus, esto significa, la redacción de todos los objetivos que se pudieran plantear sobre la base del diagnóstico, con el fin de solucionar los problemas que han surgido de esta labor. Pero no todo es posible; por ello, la siguiente fase en la ruta del diseño de la política criminal es realizar un análisis de factibilidad, lo que implica reducir la lista de objetivos, a lo verdaderamente probable de alcanzar. “No se desechan los demás objetivos, sino que se reservan a la generación de condiciones que hagan factible su propuesta y logro”.¹¹⁷

De manera posterior a esta etapa, se da paso a dos fases que deben desarrollarse en paralelo: el diseño de estrategias y la evaluación de impacto. La primera, es el marco conceptual de donde emanarán las acciones para el logro de los objetivos; la segunda, se refiere al nivel de impacto que estas estrategias correspondientes a los objetivos ya

116 Ibid. pág. 23.

117 Gudiño Galindo, **Ob. Cit.** pág. 55.

establecidos, generará en el entorno donde se va a aplicar. Los sectores de evaluación de impacto deben ser: institucionales y ciudadanos, esto permite construir los diferentes escenarios en que pueden desarrollarse las diversas estrategias, con lo que se obtiene un cálculo de resistencias y condiciones favorables, que permiten minimizar los riesgos y sustentar la factibilidad de los objetivos. “No debe confundirse la fase de evaluación de impacto, con la medición de popularidad que una determinada estrategia podría generar; el hacer lo anterior, corrompe el diseño de la política criminal, poniendo en primer lugar el ideal de plusvalía política, olvidando la solución real al problema de inseguridad”.¹¹⁸ Con las estrategias definidas y la evaluación de impacto realizada, se elabora el diseño de las acciones; las cuales son las formas concretas que permiten alcanzar los objetivos. Estas acciones deben ser jerarquizadas por el nivel de impacto que pueden tener, y conforme a las necesidades detectadas en el diagnóstico.

Las acciones se materializan a través del desarrollo de los programas; que es la fase donde se implantan las acciones, estableciendo las formas en que deben llevarse a cabo, los responsables, los plazos y el objetivo que se espera alcanzar. De los resultados que arrojan los programas, se instrumenta una fase de evaluación; lo que permite medir los alcances de las acciones, sobre la base de los objetivos previamente establecidos, situación que retroalimenta el diagnóstico, para dar inicio a un nuevo diseño de política criminal más depurado. Es en la fase de evaluación de resultados donde se logra medir la eficacia de la política instrumentada, la calificación de ésta, podrá ser nula, si no se alcanzaron los objetivos; media, si se logró el objetivo parcialmente; y amplia, si se cubrió toda la expectativa de los objetivos. Es con el indicador de eficacia que se ve la necesidad de retroalimentar el diagnóstico para impulsar, redefinir o corregir objetivos, estrategias,

¹¹⁸ Ibid. pág. 57.

acciones o programas. La evaluación se debe llevar a cabo a través de la creación e instrumentación de un sistema de evaluación, seguimiento y control; que contenga, por lo menos, los siguientes elementos: a) Institucionales: Se integran por indicadores de gestión (eficacia) de la actividad gubernamental y de corrupción; b) Índice de denuncias: el número de denuncias que se reciben por las instituciones responsables de la seguridad; c) Ciudadanos: análisis de opinión y actitud de la comunidad, respecto a la seguridad; d) Cifra obscura: número de hechos antisociales no denunciados, así como sus motivos; y e) Legislativo: evaluación realizada por el Congreso. Los períodos de evaluación deberán ser continuos para lograr el seguimiento y control de la política pública; en este nivel, se detectan posibles debilidades y fortalezas. Se debe recordar que la eficacia se mide hasta el final, con los resultados de los programas. “La utilización conjunta del sistema de evaluación, seguimiento y control, con el alcance de los objetivos, da certidumbre y coherencia a la actividad gubernamental en materia de seguridad pública”.¹¹⁹

Un ejemplo mínimo del beneficio que puede aportar la utilización del sistema aludido, es la forma actual de mostrar resultados; hoy, se utiliza el incremento o decremento del índice de denuncias, sólo que éste, sin el apoyo de la medición de la cifra obscura y los elementos ciudadanos (análisis de opinión y actitud), sólo muestra niveles de confianza o desconfianza ciudadana, “ya que si se considera que un amplio margen de delitos cometidos no se denuncia, las cifras del indicador de denuncias recibidas disminuyen, debido a la desconfianza que se tiene y que inhibe la denuncia. Para lograr dar validez al índice de denuncias, se debe bajar a su mínima expresión la cifra obscura y además, los resultados de las encuestas de opinión y actitud social, deberán ser favorables”.¹²⁰

119 Barron Cruz y Yáñez, **Ob. Cit.** pág. 26.

120 Ibid.

Infortunadamente, el diseño actual de la política criminal carece de las fases señaladas anteriormente. “Lo normal, es diseñar acciones sin un diagnóstico previo, éstas, no se instrumentan en programas definidos, sino que se deja al buen criterio de las personas que las llevarán a cabo”.¹²¹ Se da el caso en que se describen muchos objetivos, sin que se realice un examen de factibilidad de los mismos, lo que representa actuar sin saber de antemano, las posibilidades de éxito o fracaso. El impacto se mide por indicadores de plusvalía política, tal y como si se tratara de un programa de radio o televisión, que a través del rating se mantiene o sale del aire.

La ausencia de información y transparencia son los factores principales que inhiben un adecuado diseño de política criminal, ya que es más fácil presentar incrementos en el número de operativos, armas, equipo, elementos y decrementos en el número de denuncias, como forma de autoevaluarse favorablemente. Un ejemplo de esto lo podemos ver en la implementación de leyes como la del femicidio, en donde no se ha logrado bajar la violencia contra la mujer pese a la supuesta coordinación de todos los sectores y la aprobación de la normativa solo sirvió para el rating político de sus promotores.

121 Ibid. pág. 28.





CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico doctrinario de los delitos que se vinculan con el fenómeno de la inmigración ilegal y su impacto en el país

Habiendo abordado ya en los capítulos anteriores, el fenómeno de la migración y lo referente a la política criminal del Estado, como base de la reacción penal contra una conducta considerada socialmente relevante de tipificar como delito. En ese sentido en este tercer capítulo, se desarrollara la parte medular de este trabajo relacionado con la inmigración ilegal, para ello se analizara primero la protección internacional y nacional que al respecto se ha dado en nuestro país, para luego hacer un desarrollo de su situación actual y finalizar con un trabajo de campo sobre la aplicación real de los delitos que penalizan esta actividad.

3.1. Convenciones internacionales relacionadas con el fenómeno de la migración ilegal

Aunque solo se puede hablar de migración ilegal, o inmigración ilegal de personas, cuando ya tenemos la noción humana de estado, fronteras y normas relativas al traslado de personas, el fenómeno de la naturaleza nómada de la raza humana como se abordó en el capítulo primero es inherente a su propia naturaleza. Así en nuestro continente, una creencia común es que América fue originalmente poblada por vagabundos de Asia Noreste unos 20,000 años atrás. Algunas personas creen que estos vagabundos fueron la población fundadora (y antepasados) de los Indios nativos americanos de hoy día. Otros creen que los primeros americanos vinieron de Polinesia, Asia del Sur o Europa. Otros creen que los primeros americanos fueron matados por otros que llegaron después y que

no dejaron ningún descendiente. Lo cierto es que si bien aquí se habla de inmigración lo ilegal todavía no se vinculaba al tema porque, en un principio las etapas de descubrimiento, conquista y colonización del mundo alentaban, no prohibían el traslado de seres humanos a tierras desconocidas aunque fueran ya propiedad formal de algún estado, tal es el caso de España o Portugal, en América del norte hacia el sur, o el de los ingleses en América del norte e insular. La necesidad de los territorios que debían ser colonizados en los nuevos continentes descubiertos fomentaba la migración de personas con el fin de su explotación. “Como ejemplo de esto, tenemos los alicientes que ofrecían los españoles y portugueses, a los que venían a estas nuevas tierras, o incluso el Acta de Naturalización, emitida por los recién independizados Estados Unidos de Norte América en 1790 que estipulo que cualquier extranjero, que sea una persona blanca libre, puede ser admitido para volverse un ciudadano de los Estados Unidos”.¹²²

Sin embargo, existían incluso antes de estas épocas, practicas que implicaban el traslado ilícito de seres humanos, con fines de explotación comercial o laboral, tal el caso de los denominados esclavos, o de explotación sexual, el comercio de prostitutas. Así pues las primeras regulaciones que tienen que ver con el tráfico de personas de estado a estado se refieren a limitaciones contra prácticas esclavistas y de explotación_laboral, trata de personas, refugiados entre otras. De esa forma, a continuación se analizaran los distintos convenios internacionales en estas materias.

3.1.1. Esclavitud y trabajo forzado

Entre este grupo tenemos Convención sobre la esclavitud firmada en Ginebra el veinticinco de septiembre de mil novecientos veintiséis, entró en vigor, el nueve de marzo de mil

¹²² Ver en Historia de Inmigración de EEUU. <http://www.rapidimmigration.com/spanish.html>

novecientos veintisiete, de conformidad con el Artículo 12. Guatemala la ratifico el once de noviembre de mil novecientos ochenta y tres. La convención fue modificada por el protocolo aprobado en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, el siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, y así modificada entró en vigor el siete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco, fecha en la que las modificaciones enunciadas en el anexo al protocolo del siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres entraron en vigor de conformidad con el Artículo III del Protocolo.

a) Convenio Número veintinueve (29) de La organización internacional del trabajo OIT sobre la eliminación del trabajo forzado adoptada el 28 de junio de 1930 y entrada en vigor el uno de mayo de 1932, que buscó la supresión total del trabajo forzoso u obligatorio en forma permanente o transitoria, y señalaba un plazo de cinco años de la citada Convención, y se estipulaba lo referente a las excepciones de dicho régimen y lo que constituía practicas de trabajo forzado.

3.1.2. Trata de personas

La trata de personas. En este particular tipo delictivo, que ha tenido un desarrollo conceptual de conformidad con la detección del tipo de actividad ilícita que se ha dado en la realidad social, la organización de Naciones Unidas, e incluso antes de su existencia se han emitido una serie de Instrumentos para combatir este flagelo. En el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena adoptado por la asamblea general en su resolución 317 (IV), del dos de diciembre de 1949, que entrara en vigor: el 25 de julio de 1951, de conformidad con el Artículo 24, se enunciaba considerando que, con respecto a la represión de la trata de mujeres y niños, están en vigor los siguientes instrumentos internacionales: 1) Acuerdo internacional del 18 de mayo

de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el protocolo aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948, 2) Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificado por el precitado protocolo, 3) Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños, modificado por el protocolo aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947, 4) Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificado por el precitado protocolo.

El protocolo en mención cambia totalmente el concepto de trata de personas pues la ha definido como: La captación, transporte, traslado, acogida o recepción. Recurriendo a la amenaza uso de fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

3.1.3. Migración

En materia propiamente dicha del derecho migratorio a nivel internacional encontramos las siguientes convenciones:

* Convenio 117 de la organización internacional del trabajo, que mediante este documento adoptado el 22 de junio de 1962, y que entrara en vigor el 23 de abril de 1964,

se busca regular las condiciones mínimas para el caso de los Trabajadores Migrantes, su remuneración y cuestiones afines.

* Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada el 18 de diciembre de 1990, entró en vigor hasta el primero de julio. Regula específicamente todo lo relativo al trabajador migrante y su familia, diferencia el trabajador migratorio del trabajador fronterizo y de esto con el marino. Incluye a todos los derechos que deben gozar dichos trabajadores en el extranjero, sus derechos humanos, y los de sus familiares. Entre estos su derecho a la vida y a la integridad, no sometimiento a tortura, esclavitud, trabajo forzado, u actos análogos, su derecho a la libertad de conciencia y religión, de opinión, los deberes de protección de los estados parte con respecto a estas personas, etc. Dicha convención fue aprobada por Guatemala, mediante Decreto del Congreso de la república número 61-97, entró en vigencia el día 22 de agosto de 1997.

3.1.4. Regulación del fenómeno migratorio en Guatemala

Derivado de lo que establece nuestra Constitución Política, en su Artículo 26, “Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia, sin mas limitaciones que las establecidas por la ley. No podrá expatriarse a ningún guatemalteco, ni prohibírsele la entrada al territorio nacional o negársele pasaporte u otros documentos de identificación”. El decreto número 95-98, del congreso de la república, Ley de Migración, regula lo referente a los requisitos que debe satisfacer todo individuo tanto para ingresar al territorio nacional, así como para el egreso del mismo. Es necesario hacer énfasis que los países que conforman el Convenio C-A4, (libre movilidad) suscrito entre los gobiernos de Guatemala, El salvador y Honduras, otorga

mayor facilidad en cuanto a la movilidad de los ciudadanos respecto de los países mencionados dado que pueden trasladarse de un estado a otro solo con el documento personal de Identificación (cédula).

3.1.5. En materia laboral

Siguiendo el mismo orden que con lo internacional, debemos de afirmar que muchas de las disposiciones y reformas al Código de Trabajo son reflejo de este tipo de convenciones así encontramos por ejemplo los artículos 34 y 35: Artículo 34. Se prohíbe celebrar contratos con trabajadores guatemaltecos para la prestación de servicios o ejecución de obras fuera del territorio de la república, sin permiso previo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, el cual no debe autorizar el reclutamiento, ni el embarque o salida de los mismos, mientras no se llenen a su entera satisfacción los siguientes requisitos: a) El agente reclutador o la empresa por cuya cuenta proceda, debe obligarse a tener permanentemente domicilio en la capital de la república y por todo el tiempo que estén en vigencia el o los contratos, un apoderado con poder suficiente para arreglar cualquier reclamación que se presente por parte de los trabajadores o de sus familiares en cuanto a ejecución de lo convenido.

b) El agente reclutador o la empresa por cuya cuenta proceda, debe pagar los gastos de transporte al exterior, desde el lugar en que viva habitualmente el trabajador hasta el lugar del trabajo, incluso los que se originen por el paso de las fronteras y en cumplimiento de las disposiciones sobre migración o por cualquier otro concepto semejante. Dichos gastos comprenden también los de las personas o familiares del trabajador que vayan con él, si la compañía de éstos se ha permitido.



c) El agente reclutador o la empresa por cuya cuenta proceda, debe depositar en una institución bancaria nacional, a la orden del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, la suma prudencial que éste fije o, en su defecto, debe prestar fianza suficiente para garantizar los gastos de repatriación de los trabajadores o, en su caso, de los familiares o personas que se haya convenido que los acompañen y también, para garantizar el pago de los reclamos que se formulen y justifiquen ante las autoridades de trabajo nacionales, quienes han de ser las únicas competentes para ordenar el pago de las indemnizaciones o prestaciones que por tales conceptos procedan.

La repatriación procede a la terminación de los respectivos contratos, por cualquier causa que ésta ocurra, salvo que dichos trabajadores, familiares o personas que los acompañen manifiesten ante un representante diplomático o consular de Guatemala o en su defecto por medio de documento auténtico o público, remitido al Ministerio de Trabajo y Previsión Social, su formal negativa a volver al país, y alcanza hasta el lugar de la residencia de origen de los mismos. El referido depósito o fianza se debe cancelar parcial o totalmente, conforme vaya probando el agente reclutador, la empresa por cuya cuenta proceda o el respectivo apoderado, que se han cumplido en uno, varios o todos los contratos las mencionadas obligaciones y las demás a que alude este artículo; y d) El agente reclutador o la empresa por cuya cuenta proceda, debe celebrar por escrito los contratos de los trabajadores de que se trate, en cuatro ejemplares, uno para cada parte y dos que dicho agente o empresa debe presentar al Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con cinco días por lo menos de anticipación al embarque o salida de los interesados. El Organismo Ejecutivo debe enviar una de esas copias al representante diplomático de Guatemala en el lugar en donde vayan a tener ejecución los contratos o, en su defecto, al respectivo representante consular, y encargar a uno u otro funcionario la mayor vigilancia posible

respecto del modo como se cumplen los mismos; dicho representante debe enviar al Ministerio de Trabajo y Previsión Social informes concretos cada mes y, extraordinariamente, siempre que sea del caso. En los expresados contratos debe entenderse incluida la cláusula de que todos los gastos a que aluden los incisos a), b) y c) de este artículo, corren a cargo exclusivo del agente reclutador o de la empresa por cuya cuenta proceda, así como las otras disposiciones protectoras del trabajador que contiene este Código. En dichos contratos debe especificarse la manera como van a ser alojados y transportados los trabajadores y la forma y condiciones en que se les va a repatriar. Artículo 35, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social no debe autorizar los contratos a que se refiere el artículo anterior, en los siguientes casos:

a) Si los trabajadores son menores de edad. b) Si los trabajadores no garantizan en forma satisfactoria la prestación de alimentos a quienes dependan económicamente de ellos. c) Si juzga que los trabajadores emigrantes son necesarios para la economía nacional; y d) Si juzga que en los contratos se lesiona la dignidad de los trabajadores guatemaltecos o que éstos han sido contratados en inferioridad de condiciones respecto a los derechos que corresponden a los trabajadores nacionales del país en donde han de prestar sus servicios, siempre que la legislación de dicho país contenga garantías superiores a las establecidas en el presente Código, o que en alguna forma éstos puedan salir perjudicados.

3.2 En relación con la trata de personas

Saliendo totalmente de la concepción limitativa de la explotación sexual, nuestro país a este respecto modificó el Artículo 194 del Código Penal mediante el Artículo 1 del Decreto número 14-2005 del Congreso de la república y entró en vigencia el 4 de

marzo de 2005. La reforma al artículo 194 del Código Penal introdujo el delito de trata de personas de la siguiente manera: "Quien en cualquier forma promueva, induzca, facilite, financie, colabore o participe en la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de una o más personas recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, al plagio o secuestro, o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras con fines de explotación, prostitución, pornografía o cualquier otra forma de explotación sexual, será sancionado con pena de seis a doce años de prisión". En igual pena incurrirá quien, valiéndose de las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, someta a otra persona a mendicidad, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud o prácticas análogas a ésta. El consentimiento dado por la víctima de trata de personas o su representante legal cuando se trate de menor de edad, a toda forma de explotación descrita no se tendrá en cuenta como atenuante. La pena se aumentará en una tercera parte cuando la víctima fuere una persona menor de edad, con discapacidad o de la tercera edad.

Cuando la víctima sea menor de edad se cometerá este delito aunque no se recurra a cualquiera de los medios enunciados en el párrafo primero de este artículo. Si en el hecho descrito la víctima resultare con lesiones, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes; en caso de fallecimiento de la víctima se aplicará la pena correspondiente. El diario oficial de Guatemala publicó el decreto 9-2009 el 20 de marzo de 2009, sobre la citada ley que contempla delitos para prevenir, reprimir, sancionar y erradicar aquellos flagelos, y atender y proteger a las víctimas. El decreto prevé que la ley entra en vigencia 15 días después de su publicación, por lo cual está vigente desde mediados de abril del año 2009.

En lo referente a las penas relativas a los delitos de violencia sexual, explotación y trata de personas modifica las denominaciones del Título III del Libro II; del Capítulo I del Título III del Libro II; del Capítulo V del Título III del Libro II; y del Capítulo VI del Título III del Libro II; así como los artículos 151, 173, 174, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 197, 198, 204, 238, 239 y 240 del Decreto del Congreso 17-73 del 5 de Julio de 1973, publicado el 30 de Agosto de 1973 que contiene el Código Penal. Al mismo tiempo añade varios artículos y numerales. Modifica el numeral 4º del Artículo I y adiciona el Artículo VI de las disposiciones finales del mismo código. Deroga el número y nombre de los Capítulos II, III Y IV del Titulo III del Libro II, y los artículos 87, apartado noveno en la parte que menciona el ejercicio de la prostitución”, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 al 187, 194, 236 y 237 del Código en mención.

Con esta nueva normativa, se penalizan las relaciones sexuales remuneradas, las actividades turísticas con fines de explotación sexual, así como la exposición de menores de edad en espectáculos públicos. La ley tiene dos partes: una sobre la violencia sexual y otra relativa a la trata de personas. En el primer caso, lo más destacado son las medidas para combatir las violaciones a menores de edad, mientras que en el segundo destacan la penalización. Esta normativa crea una secretaría contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, adscrita a la vicepresidencia de la república y describe los procedimientos y las penas que se impondrán a quienes los cometan. La ley condena la delincuencia organizada, y mejora las normas relativas a la trata de personas. Con esta nueva normativa, se penalizan las relaciones sexuales remuneradas, las actividades turísticas con fines de explotación sexual, así como la exposición de menores de edad en espectáculos públicos. Se establece penas de entre 8 y 18 años de prisión para los implicados en la trata, actividad que genera más ingresos al crimen organizado después

del narcotráfico y el trasiego de armas. En este sentido, la ley implica un gran avance, más allá del marco penal, pues aprueba normas dirigidas a la protección de las víctimas y a garantizar el resarcimiento por el daño que se les ha ocasionado. En lo específicamente relacionado con este capítulo se reforma el artículo 194 del código, respecto a la trata de personas el cual queda así: Y el nuevo delito de Trata de personas se regula de la manera siguiente: Como se desprende de las reformas anteriores con esta reforma se convierten en tipos penales autónomos todos aquellos actos que forman parte del delito de trata de personas.

3.2.1 De los delitos migratorios

Guatemala regula lo referente al control migratorio mediante la, ley de migración, Decreto 95-98, del congreso de la república de Guatemala, cuyo objeto es garantizar un eficaz ordenamiento migratorio, regulando la entrada y salida de nacionales y extranjeros del territorio. En el Título X de la referida legislación en su capítulo I, artículos del 103 al 108 contiene los denominados delitos migratorios que se analizarán a continuación:

- Ingreso ilegal de personas

“Artículo 103. Comete el delito de ingreso ilegal de personas, quien promueva o facilite el ingreso al país de una o más personas extranjeras sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años inconvertibles.” Elementos del Tipo Penal. La función del tipo penal se centra en castigar al que ingrese a personas que pretenden residir en Guatemala sin cumplir con los requisitos de ingreso, pero la finalidad del migrante debe ser, residir en el país, es decir permanecer aquí.



a. Tipo penal objetivo

a.1. Acción

La acción esta conformada por los siguientes elementos:

Sujeto Activo: Es cualquier persona física que realice la acción descrita, al igual que la mayoría de normas penales guatemaltecas los delitos se consideran cometidos exclusivamente por las personas físicas o humanas, situación que se refleja en lo dispuesto en el artículo 38 del Código Penal, de aplicación supletoria para esta ley especial, pues no regula nada al respecto. En ese sentido se considera que en caso de intervenir, por ejemplo una línea aérea o cualquier otra persona jurídica, sociedad o asociación solo responderían por el delito las personas, gerentes, representantes, etc. que hubieren participado en su comisión. Para el tipo de delitos a los que en este apartado nos estamos refiriendo, seria aconsejable siquiera dejar establecida una sanción para la persona jurídica que pudiera verse involucrada en este tipo de acciones. El núcleo del elemento objetivo, esta constituido por los verbos rectores promover, o facilitar, el ingreso y permanencia en el país en forma ilegal.

a.2 El Resultado, es que las personas ingresen y permanezcan en el país sin cumplir con los requisitos legales establecidos.

Elementos del tipo subjetivo

Este es un delito eminentemente doloso. Definitivamente existe un interés de enriquecimiento por parte del o los sujetos activos. Punibilidad: La sanción establecida es una pena de prisión de 5 a 8 años inconvertibles.



- Transito ilegal de personas

Artículo 104. Comete el delito de tránsito ilegal de personas: quien promueva o facilite el ingreso y tránsito de una o más personas sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país, con el fin de trasladarlas con destino a otro país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años incommutables.

Elementos del Tipo Penal

El tipo penal de transito se diferencia del anterior porque el sujeto promueve o facilita el ingreso y el transito del migrante pero no para vivir en Guatemala sino para acceder a otro país como México, con destino a los Estados Unidos de Norteamérica.

a. Tipo penal objetivo

a.1 Acción

La acción esta conformada por los siguientes elementos: Sujeto Activo: Al igual que el anterior es cualquier persona física que realice la acción descrita. El núcleo del elemento objetivo, esta constituido por los verbos rectores promover, o facilitar, el ingreso y tránsito en el país en forma ilegal.

a.2 El resultado, es que las personas ingresen y transiten en el país sin cumplir con los requisitos legales establecidos.

b. Elementos del tipo subjetivo: Este es un delito eminentemente doloso. Definitivamente existe un interés de enriquecimiento por parte del o los sujetos activos.

Punibilidad: La misma sanción que para el anterior.



- Transporte ilegal de personas

Artículo 105. Comete el delito de transporte de ilegales, la persona que conduzca o ponga a disposición, cualquier medio de transporte con el fin de transportar a personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan en forma ilegal dentro del territorio guatemalteco. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 3 a 6 años. Elementos tipo, en este tipo penal lo que pretende sancionarse es el transportar o facilitar el transporte de migrantes ilegales en el territorio nacional.

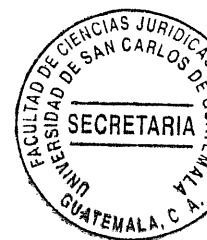
a. Tipo penal objetivo

a.1 Acción: La acción esta conformada por los siguientes elementos: Sujeto Activo: Es cualquier persona física que realice la acción descrita. El núcleo del elemento objetivo, esta constituido por los verbos rectores conduzca o ponga a disposición cualquier medio de transporte a migrantes ilegales.

a.2 El Resultado, es servir de transporte o facilitarlo al migrante ilegal, ya sea que resida o vaya de transito en el país...

b. Elementos del tipo subjetivo

Este es un delito eminentemente doloso. Definitivamente existe un interés lucrativo, y se tiene que tener el conocimiento de que la persona o personas que se van a transportar son migrantes ilegales. Punibilidad: a este delito se le sanciona con prisión de dos a seis años, y puede concursar con otras figuras antes descritas de forma real o en delito continuado.



- Ocultación de ilegales

Artículo 106. Comete el delito de ocultación de ilegales, la persona que permita la ocultación de personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan dentro del territorio guatemalteco, sin cumplir con los requisitos legales, en cualquier bien mueble o inmueble, con el fin de ocultarlo en su tránsito a otro país o para facilitarle su permanencia en el mismo. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres a seis años.” Elementos del Tipo; La función de este tipo penal es sancionar a la persona que oculta a migrantes ilegales, ya sean en tránsito o con fines de permanencia.

Tipo penal objetivo

a.1 Acción

La acción esta conformada por los siguientes elementos: Sujeto Activo: Es cualquier persona física que realice la acción descrita. El núcleo del elemento objetivo, esta constituido por el verbo ocultar.

a.2 El Resultado, es que el migrante ilegal, ya sea que resida o vaya de tránsito en el país, sea descubierto mientras se encuentra en el mismo.

b. Elementos del tipo subjetivo: Este es un delito eminentemente doloso. Definitivamente existe un interés lucrativo, y se debe tener el conocimiento de que la persona o personas que se van a ocultar son migrantes ilegales, no importando si se les oculta en un inmueble, casa o finca, o en un mueble, vehículos varados, contenedores, etc. Punibilidad: al igual que el anterior este delito se le sanciona con prisión de dos a seis años, y puede concursar con otras figuras antes descritas de forma real o en delito continuado.



- Contratación de ilegales

Artículo 107. Comete el delito de contratación de ilegales, la persona individual o jurídica que contrate los servicios de extranjeros que permanezcan en el país sin cumplir con los requisitos legales por no contar con la documentación requerida por a Dirección General de Migración, para su permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a cinco años. Elementos del Tipo La función de este tipo penal es sancionar a la persona que contrata los servicios de extranjeros ilegales.

Tipo penal objetivo

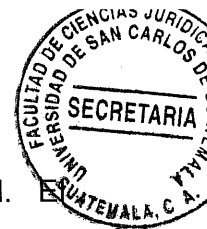
a.1 Acción

La acción esta conformada por los siguientes elementos:

Sujeto Activo: Este es el único delito en donde el sujeto activo puede ser indistintamente una persona física o una persona jurídica, con la incoherencia de que se sanciona solo a la persona individual de la jurídica que haya participado en el delito, pues la pena de prisión como única consecuencia no permite sancionar a la persona jurídica pues no puede aplicársele. El núcleo del elemento objetivo, esta constituido por el verbo contratar.

a.2 El Resultado, es que el sujeto activo emplea los servicios de extranjeros ilegales.

b. Elementos del tipo subjetivo: Este es un delito eminentemente doloso. Definitivamente existe un interés lucrativo, y se debe tener el conocimiento de que la persona o personas que se van a contratar son extranjeros ilegales. Punibilidad: La pena oscila con prisión de dos a cinco años, al no establecerse el doble orden de penas para la persona física, prisión y para la persona jurídica, multa o suspensión de actividades se entiende que como se



afirmo al inicio se esta aplicando supletoriamente el articulo 38 del Código Penal.

articulo siguiente dice: “Artículo 108. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores comprendidos en este título, se realicen respecto de menores de edad, en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de las personas, o bien cuando sean cometidas por funcionario o empleado público, la pena será aumentada en una tercera parte.”

De donde se deduce que este no es un delito más sino una norma sustantiva de circunstancias agravantes que ocasionan que cualquiera de los delitos que se describieron si aparece cualesquiera de estas circunstancias, las victimas sean menores, con riesgo para su vida, o que el sujeto activo sea funcionario público, la pena se aumentara en una tercera parte. Independientemente de las demás agravantes que puedan aplicarse de conformidad con la aplicación supletoria del articulo 27 y 31 del Código Penal. Conforme las normas de derecho internacional incluido el Protocolo adicional de la ley contra la delincuencia organizada de Naciones Unidas, Guatemala no penaliza al migrante, tal como lo estipula la siguiente norma: Artículo 5. Responsabilidad penal de los migrantes. Los migrantes no estarán 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 6 del presente Protocolo.”Y debe hacerse notar que aunque estos delitos contenidos en la ley de Migración son los denominados delitos Migratorios. En esta actividad también se incurre en otro tipo de ilícitos como lo son, la falsificación de documentos, material o ideológica, el uso de documento falsificado, el perjurio etc. La ley contra la delincuencia organizada también incluye a las figuras de ingreso ilegal de personas, transito ilegal de personas y transporte ilegal de personas, y en ese sentido estos solo se podrán perseguir cuando se determine que los esta cometiendo un grupo de delincuencia organizada, según el articulo 2 del



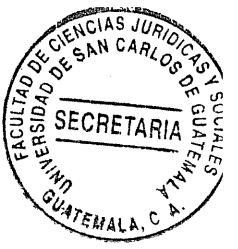
Decreto 21-2006, que establece. La ley contra la delincuencia organizada al definir que se entiende por un grupo de delincuencia organizada indica:

1. Cualquier grupo estructurado de tres o más personas
2. Exista durante cierto tiempo
3. Actuación concertada
4. Con el propósito de efectuar delitos específicos
5. Con la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero. Así mismo en virtud de lo dispuesto en el siguiente “Artículo 3º. Conspiración. Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer uno o más delitos de los enunciados en el presente artículo. Las penas a imponer a cada persona por conspiración serán señaladas por el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos. En ese sentido aunque cuando se habla de delincuencia organizada en materia de delitos migratorios o trata de personas, es necesario legislar esta forma de exteriorización de la voluntad criminal como delito autónomo, el imponerle la misma pena que por cometerlo resulta bastante cuestionable. Pues al que trafica con migrantes se le impondría la misma pena que al que conspira para hacerlo aunque nunca haya iniciado la acción.

CONCLUSIONES



1. El fenómeno de la migración ilegal de personas es principalmente una consecuencia de la falta de condiciones económicas, sociales y de seguridad, que afectan principalmente a países en vías de desarrollo, como Guatemala.
2. El tráfico de migrantes es, hoy en día, una de las actividades más lucrativas que realizan los grupos de delincuencia organizada internacional, teniendo como resultado la acumulación de grandes cantidades de dinero de forma ilícita.
3. Los delitos contenidos en la actual Ley de Migración son figuras de derecho positivo, que tienen una escasa o nula aplicación real en el combate del tráfico de personas, circunstancia que motiva la atención en el cumplimiento de dicha normativa y de esa forma coadyuvar a minimizar la existencia de grupos que lucran con la necesidad de las personas.
4. En Guatemala no existe una ley especial contra la migración ilegal que permita, desde una perspectiva integral, combatir dicho fenómeno delincencial, de manera que las instituciones responsables de la aplicación de normas existentes para el combate de la migración ilegal hagan mayores esfuerzos de coordinación para fortalecer la actividad en contra de grupos ilegales que se dedican a esa actividad delictiva.





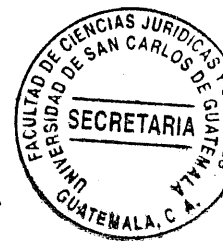
RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario que el Ministerio de Gobernación, como máxima autoridad en materia migratoria, a través de la Dirección General de Migración, genere una política criminal y de inversión social, que le permita simultáneamente combatir este tipo de delitos. Debido a que en Guatemala no existe un efectivo combate y prevención del fenómeno delictivo de la inmigración ilegal.
2. Es importante crear los medios legales que hagan que los cuerpos de seguridad del Estado de Guatemala, coordinado con los cuerpos de seguridad internacional (INTERPOL), aprovechen todos los compromisos de cooperación generados en los distintos convenios internacionales, para crear una efectiva reacción contra los grupos de delincuencia organizada. Debido a que en Guatemala no existe una efectiva política de persecución penal a nivel nacional, centroamericano y continental.
3. El Organismo Legislativo debe discutir, promover y emitir la propuesta de ley especial contra la migración ilegal, que abarque aspectos administrativos, penales y procesales, para que efectivamente se pueda combatir este fenómeno criminal en forma integral; debido a que no existe una ley especial contra la migración ilegal.
4. El Organismo Ejecutivo debe impulsar la creación de un ente colegiado que involucre al Sector Justicia, sociedad civil e instituciones estatales relacionadas con el tema, para que éste genere una adecuada política criminal en materia del combate a la inmigración



ilegal, que pudiera ser el Instituto Nacional de Migración, con personería jurídica y patrimonio propio, para combatir a aquellas personas que obtengan beneficios como consecuencia del traslado, de manera ilegal o bajo engaño a grupos de personas hacia otros países. Debido a que en Guatemala no existe un cuerpo colegiado que permita hacer estudios y diagnósticos criminológicos permanentes de la migración ilegal.

BIBLIOGRAFÍA



ANCEL, Marc. **Le défense sociale nouvelle**, 3a. ed. Cujas, (s.l.i.) (s.e), 1981.

BALIBAR, E., **Les frontières de la démocratie**, Editorial Porrúa. México, Traducido por Luís Villatoro, 1992.

BARRÓN CRUZ, Martín y José Arturo, Yañez, **Guardia nacional y policía preventiva**. Ed. Inacipe. México, 2004.

BARRIONUEVO Nery, **Migración e historia, revista aportes andinos**, (s.l.i), (s.e.), 2003.

BARRIENTOS PELLECCER, César, **Código Procesal Penal concordado y anotado con la jurisprudencia constitucional**, Undécima ed. Editorial Lerena, (s.f).

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Sobre el concepto de política criminal: una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin**. (s.l.i) (s.e.), 2003.

BONGER, Willem, **Introducción a la criminología**. México. (s.e.) 1933.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Política criminal y estado**. Revista de ciencias penales. Instituto nacional de ciencias penales de México. No.15. (s.e.) México. 2002.

BRADFORD BURNS. E. **La pobreza del progreso: América Latina en el siglo XIX**. (s.e.) México. (s.f).

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, **Tratado de política laboral y social**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f).

CONFORTI, B., **Derecho internacional**, edición en español revisada y anotada por R. Vinuesa, Zavallia editor, Buenos Aires. 1995.

CÁCERES GÓMEZ, Rina. **Rutas de la esclavitud en África y América Latina**.
Editorial Universidad de Costa Rica. 2001.



CRUZ CASTRO, Fernando, **Seguridad pública**, Revista internacional de política criminal
No. 41 y 42, (s.e.), Puerto Rico, 2000.

DEL OLMO, Rosario. **América Latina y su criminología siglo XXI**. (s.e.), México. 2003.

E. G. Ravenstein, **The Laws of migration journal of the Royal Statistical Society**,
vol.LII, (s.e.), Traducido por Jorge Ramos. (s.l.i.), 1985.

FREIJÓ, A., **El inmigrante y su realidad social. ¿Quién es inmigrante?, en: Misiones
extranjeras, 181**, Editorial Heliasta. Colombia (2001)

FLORIÁN Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, Traducido Por L. Pietro
Castro, Editorial Bosch, Reimpresión de La Segunda edición, España 1975.

GARRONE, José Alberto. **Diccionario jurídico Abeledo-Perrot**, (s.l.i.), (s.e.), (s.f)

GUDIÑO GALINDO, Julián Jesús. **Política criminal y seguridad pública**. (s.l.i.), (s.e.).
(s.f).

GERONIMI, Eduardo. **Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores
migrantes**. Ginebra Suiza. (s.e), 2002.

GIL LAVEDRA, Ricardo R. **Lineamientos para una política criminal en materia de
seguridad ciudadana**. Revista del centro de estudios constitucionales. (s.e.),
Argentina. 1996.

HERRERA CARASSOU, Roberto. **La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones**. Editorial Siglo Veintiuno, México, 2006.



HERRARTE Alberto, **Derecho procesal penal**. (El Proceso Penal Guatemalteco) Centro Editorial Vile Guatemala. 1989.

JÁUREGUI, Hugo Roberto. Material de apoyo para docencia en el curso sobre la Ley Contra la Delincuencia Organizada de Guatemala. **Publicado por el Programa de Apoyo al Sector Justicia, de la Unión Europea. Guatemala, 2008.**

MERA FIGUEROA, Jorge. **Política criminal y seguridad ciudadana**. Revista de Ciencias Penales. Instituto Nacional de Ciencias Penales de México. .No. 22. México. (s.e.), 2004.

MORENO FRAGINAIS, Manuel. **África en América Latina**. Siglo XXI. México. (s.e.), 1977.

MONTERO AROCA J. Expresa. **Derecho jurisdiccional**. Tomo I. Parte General. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 1991.

MÁRMORA L., **Políticas y administración para la gobernabilidad migratoria, en Revista de la OIM sobre Migraciones Internacionales en América Latina**, edición especial, Ginebra, Suiza, (s.e.), 1999.

NATHALIE Ludec. **Voces del exilio guatemalteco desde la Ciudad de México**, Amérique Latine Histoire et Mémoire. 2001, [En línea], Puesto en línea el 16 julio de 2006. URL: <http://alhim.revues.org/index599.html>. Consultado el 12 mayo de 2009.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias Jurídicas, políticas y sociales. **Editorial Heliasta. Décimo Octava Edición. España, 2001.**

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Política criminal y sistemas penales**. Editorial Anthropos. España, 2005.



RAMÍREZ VIDAL, Luis Alfonso. **Judíos portugueses en la trata africana en el siglo XVI**, Universidad Autónoma, Metropolitana, Iztapalapa. México. (s.e.), 2004.

ROXÍN CLAUS, Gunther ARZT Y KLAUS Tiedemann, **Introducción al derecho penal Y al derecho procesal penal**, Traducida y Anotada Por Juan-Luís Gómez Colomer. Editorial Ariel, España 1989.

RUANO CASTAÑAZA, Héctor Alfredo. **Introducción al derecho**. Un Estudio Gráfico. Tesis Graduación, USAC, Guatemala, 1991.

STOLL, David. **Between two armies in the Ixil towns of Guatemala**. Traducido por Jorge Ramos. Columbia University Press. (s.l.i.), (s.e.), 1993.

SKELDON, R., **Myths and realities of chinese irregular migration**, version en español, IOM Migration Research Series No. 1, OIM, (s.e.), 2000.

VILLA MIGUEL y MARTÍNEZ PIZARRO Jorge, funcionarios del CELADE. División de población de la CEPAL, **Ponencia sobre la migración internacional de latinoamericanos y caribeños en las Américas**. Santiago de Chile, 20 al 22 de noviembre de 2002. (s.e.).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Argentina. Editorial Depalma. 1986.

Legislación:

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

Código Procesal Penal. Decreto 51-92, del Congreso de la República de Guatemala 1992.

Código Penal. Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala 1973.

