



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

**“EL DELITO DE REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES
ILEGALES POR PARTE DE EXTRANJEROS
RADICADOS EN EL TERRITORIO NACIONAL
CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY
GENERAL DE POBLACIÓN VIGENTE”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JESÚS NOÉ VERA RUIZ

ASESOR LIC. ENRIQUE M CABRERA CORTES.

NEZAHUALCOYOTL, ESTADO DE MÉXICO 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A Dios por haberme dado la invaluable oportunidad de existir.

A mi madre María Teresa Ruiz Ramírez quien ha sabido desempeñar con entereza y amor el doble papel de madre y padre que, por designios de Dios, tuvo que desempeñar en esta vida.

A mi abuelita Victoria Ramírez forjadora de mi carácter, refugio y consuelo de mi infancia, consejera y conductora de mis pasos por el camino de la rectitud y la nobleza.

A mi abuelito Jesús Ruiz López ejemplo de rectitud, fuerza y valor, fortaleza de mi espíritu, hombre grande en mi vida figura paterna de mis días, estampa fuerte y sabia como no he conocido alguna.

A mi esposa mi gran compañera en este paso por la vida

A mi tía María Guadalupe Ruiz Ramírez quien por lograme un lugar dentro de las aulas del Sistema Educativo Nacional se convertía en luchadora incansable, sin su apoyo no hubiera podido llegar hasta este momento de mi vida académica.

A mi tío Enrique Aguilar Valenzuela ejemplo de trabajo en mi juventud, quien me enseñó a valorar los logros a través del trabajo y por quien siento gran admiración.

A mi padre Jesús Vera Hernández donde quiera que se encuentre, a quien hasta ahora he podido

comprender, y a quien agradezco haberme engendrado.

A Ricardo Ruiz Ramírez y Enrique Aguilar Ruiz mis hermanos y compañeros de juventud.

A mi hermana Edith Vera Ruiz seguidora de mi suerte durante la infancia y juventud, mujer fuerte noble y valiente a quien quiero con todo mi corazón.

A mi hermana Fabiola Vera Ruiz la más pequeña de los tres quien ha sido gran ejemplo de valentía en su matrimonio.

A la Universidad Nacional Autónoma de México Máxima casa de estudio *mi alma mater* a quien profesionalmente debo todo y a quien no defraudare durante el ejercicio de mi profesión.

A mi asesor Enrique Martín Cabrera Cortés por su apoyo en la elaboración del presente trabajo recepcional.

ÍNDICE

Pág

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO 1.

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS.

| | |
|--|----|
| 1.1. Etapa antigua:..... | 1 |
| 1.1.1. Grecia..... | 1 |
| 1.1.2. Roma..... | 3 |
| 1.1.3. Los Hebreos..... | 5 |
| 1.1.4. La India..... | 5 |
| 1.1.5. Los egipcios..... | 6 |
| 1.1.6. El Cristianismo..... | 6 |
| 1.1.7. La Edad Media..... | 7 |
| 1.2. Modernismo..... | 8 |
| 1.2.1. La Revolución Francesa..... | 8 |
| 1.2.2. Algunos tratados internacionales generales..... | 9 |
| 1.3. En el Derecho Mexicano:..... | 16 |
| 1.3.1. Etapa precortesiana..... | 16 |
| 1.3.2. Etapa colonial..... | 17 |
| 1.3.3. En el México independiente..... | 20 |
| 1.3.4. Actualmente..... | 23 |

CAPÍTULO 2.
LOS DELITOS EN MATERIA MIGRATORIA.

| | |
|--|----|
| 2.1. El delito en general:..... | 32 |
| 2.1.1. Concepto..... | 32 |
| 2.1.2. Los presupuestos del delito..... | 33 |
| 2.1.3. Los elementos del delito. Breve semblanza:..... | 34 |
| 2.1.3.1. Positivos..... | 37 |
| 2.1.3.2. Negativos..... | 53 |
| 2.1.4. Clasificación de los delitos:..... | 64 |
| 2.1.4.1. Doctrinal..... | 64 |
| 2.2. Los delitos federales:..... | 67 |
| 2.2.1. Concepto..... | 67 |
| 2.2.2. Los delitos federales especiales..... | 72 |
| 2.2.3. Importancia..... | 72 |
| 2.2.4. El bien jurídico tutelado..... | 73 |
| 2.3. Los delitos en materia migratoria:..... | 73 |
| 2.3.1. Concepto..... | 74 |
| 2.3.2. Su ubicación legal..... | 75 |
| 2.3.3. Su objeto..... | 75 |
| 2.3.4. Su bien jurídico tutelado..... | 76 |

CAPÍTULO 3.
EL DELITO DE ACTIVIDADES ILEGALES REALIZADAS POR
EXTRANJEROS RADICADOS EN MÉXICO CONTENIDO EN EL
ARTÍCULO 120 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN VIGENTE

| | |
|---|----|
| 3.1. El Capítulo VIII de la Ley General de Población en materia de sanciones..... | 77 |
| 3.2. El artículo 120 de la Ley General de Población:..... | 78 |

| | |
|--|------------|
| 3.2.1. Descripción del tipo penal especial..... | 78 |
| 3.2.2. Elementos particulares del tipo penal..... | 81 |
| 3.2.3. Objetivo del tipo penal..... | 83 |
| 3.2.4. Los sujetos que intervienen en el delito previsto en el artículo 120 de la Ley General de Población..... | 86 |
| 3.2.5. Características del tipo penal..... | 87 |
| 3.2.6. La realización de actividades ilegales por parte de extranjeros radicados en el territorio nacional en la actualidad..... | 89 |
| 3.2.7. La corrupción imperante en materia migratoria en México..... | 96 |
| 3.2.8. La falta de aplicación del tipo penal contenido en el artículo 120 de la Ley General de Población en la práctica..... | 97 |
| 3.2.9. Propuestas legales, políticas y sociales de solución del problema..... | 110 |
| CONCLUSIONES..... | 113 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 117 |

INTRODUCCIÓN

Fenómenos como la globalización y los sistemas neo liberales adoptados por la mayoría de los Estados han provocado e incentivado un movimiento migratorio considerable en la gran mayoría de los países. Sin embargo, desde siempre, el hombre ha buscado nuevos senderos y rumbos para satisfacer sus necesidades y curiosidad, por lo que podemos afirmar que es una actividad inherente al ser humano.

En la última década, se ha venido observando en nuestro país un importante movimiento migratorio, pero, son más los extranjeros que llegan a nuestro territorio que los nacionales mexicanos que buscan otros rumbos. Así, resulta casi normal encontrarse en cualquier calle o avenida de Distrito Federal a personas de cualquier nacionalidad: cubanos, argentinos, asiáticos, árabes, judíos entre otros, por lo que es oportuno ponderar sobre el futuro que nos espera en lo que habrá de convertirse seguramente en una Torre de Babel, al estilo de las grandes metrópolis cosmopolitas como New York, Chicago, Madrid o Berlín.

La Ley General de Población concede la internación de extranjeros en tres grandes grupos: los no migrantes, los inmigrantes y los inmigrados. El grupo más numeroso es el primero en el que la idea es llegar al territorio nacional de manera temporal, sin el propósito de establecerse en él. Así, el artículo 42 de la Ley en comento enumera y explica todas y cada una de las características en las que puede internarse un extranjero, siendo la más requerida la de turista (FMT).

Es el caso que muchos turistas extranjeros quienes se internaron en el país con una vigencia temporal definida: 60 días por ejemplo, siguen en el territorio nacional a pesar de que su tiempo ya feneció y que no ha realizado algún trámite ante el Instituto Nacional de Migración para regularizar su situación, por lo que su estancia se torna ilegal y procede su deportación en cualquier momento. Muchos extranjeros, a sabiendas de esta complicada situación, continúan en el país realizando actividades distintas a las referidas en su característica migratoria,

el turismo, vacaciones y descanso, ya que nos hemos percatado que muchos de ellos se encuentran trabajando en diversas labores y lugares, a pesar de que les esté prohibido cualquier tipo actividad lucrativa o laboral, por ejemplo, el caso más contundente es el de las mujeres que vienen al país procedentes de los países de Europa Oriental para trabajar en los llamados “table dance”, enganchadas por los lenones quienes las ilustran para que al entrar al país manifiesten que lo hacen como “novias o amigas” de esas personas y así poder trabajar libremente ante el amparo de algunos elementos del propio instituto o de otra dependencia quienes les venden protección jurídica para que no sean molestadas, ejerciendo inclusive la prostitución.

Por otra parte el artículo 120 de la Ley general de Población contiene un interesante tipo penal que versa precisamente sobre la realización por parte de extranjero radicados en el territorio nacional de actividades diferentes a las que les está permitido por su característica migratoria, sancionándose con una pena de hasta dieciocho meses de prisión y una multa de hasta tres mil pesos a quienes incurran en esta conducta. Se trata de un tipo penal especial que pasa casi desapercibido por la mayoría de los extranjeros, por lo que es común ver que se actualicen sus elementos de manera impune ya que el Instituto Nacional de Migración pocas veces actúa en consecuencia haciendo la querrela respectiva ante la Procuraduría General de la República, por tratarse de un delito federal.

En la presente investigación, analizaremos este tipo penal inserto en el artículo 120 de la Ley General de Población para efecto de demostrar sus inconveniencias y por tanto, proponer su inmediata reforma y adición para que el tipo cumpla su cometido.

Este tema se justifica debido a que muchos extranjeros quienes se internan al territorio nacional como turistas principalmente, a sabiendas de que no pueden realizar actividades lucrativas o laborales por estar impedidos hacen caso omiso a tal advertencia y con ello se encuentran haciendo actividades lucrativas varias,

actualizando los extremos que señala el artículo 120 de la Ley General de Población en perjuicio de la Federación que es el sujeto penal ofendido y aún mas, en perjuicio o detrimento económico de nacionales mexicanos quienes se ven desplazados por los extranjeros que laboran ilegalmente en el país.

No estamos en contra de que vengan extranjeros a establecerse en México y realicen actividades lucrativas, sin embargo, consideramos que es menester que lo hagamos en cumplimiento de las limitaciones que hace la Ley de mérito.

La presente investigación se integra por tres capítulos en los que abordaremos los siguientes apartados temáticos:

En el Capítulos Primero, brevemente analizaremos los principales antecedentes de la condición jurídica de los extranjeros en varias etapas de la humanidad.

En el Capitulo Segundo, hablaremos sobre los delitos migratorios como figuras .

En el Capitulo Tercero, analizaremos el contenido y alcances del artículo 120 de la Ley General de Población en materia de realización de actividades distintas a las permitidas por la característica migratoria concedida al extranjero, por lo que se trata de actividades ilegales como son las lucrativas en cualquiera de sus formas. Al final del Capitulo estaremos en opción para hacer algunas propuestas que esperamos sea de algún beneficio para el país y que garanticen que nuestros nacionales no serán desplazados en sus fuentes de empleo por extranjeros quienes actúan en un marco de ilegalidad.

CAPÍTULO 1.

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS.

La situación jurídica de los extranjeros ha sido un tema que ha dado pauta a muchas ideas y posturas de los Estados, los cuales han diversificado sus legislaciones al respecto. En el presente Capítulo hablaremos brevemente sobre los principales antecedentes en materia de la condición jurídica de los extranjeros.

1.1. ETAPA ANTIGUA:

Iniciaremos la parte histórica de este trabajo de investigación con los principales antecedentes de los extranjeros desde los tiempos antiguos, principalmente en Grecia y Roma.

1.1.1. GRECIA.

Es en Grecia donde existen mayores datos sobre el trato dado a los extranjeros.

Dice el autor Leonel Pereznieto Castro que: *“Entre los griegos pueden encontrarse instituciones relacionadas con la condición jurídica de los extranjeros, por ejemplo, el patronaje o la hospitalidad que contemplaba la admisión del extranjero, siempre y cuando se hallara bajo la protección y vigilancia de un ciudadano griego, denominado proxene. Los tratados de Isopolitie son otro ejemplo de ello. De acuerdo con éstos, dos ciudades del Imperio establecían las bases para otorgar a sus súbditos todos sus derechos civiles o parte de ellos...”*¹

¹ PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado. Editorial Harla, 5ª edición, México, 1995, p. 82.

Por otra parte, y refiriéndose a Esparta, estaba estrictamente prohibido a los extranjeros entrar a la ciudad por temor de que corrompieran a los pobladores con sus costumbres, se alterara la unidad política y religiosa. A. Esteva Ruíz refiere *“Esparta representa, dentro de la hélade, la tendencia aristocrática, conservadora y de muy difícil acceso a los extranjeros”*.²

La población de Esparta se dividía en: *iguales, periecos e ilotas*. Los iguales no eran exactamente extranjeros, sino espartanos de cepa. Los periecos eran extranjeros, se les denominaba también *lacedemonios de provincia*. Eran admitidos en el territorio espartano, pero no tenían derechos civiles algunos. Los ilotas eran personas sometidas a la esclavitud, extranjeros que habían sido derrotados en guerras y víctimas de toda clase de vejaciones incluyendo el uso de sus cuerpos para que los guerreros se ejercitaran en el arte bélico. Ramón Orué apunta lo siguiente: *“las leyes de Licurgo imponían severas trabas a los extranjeros en Esparta”*.³

Atenas era la contraposición de Esparta. Posiblemente debido a su estructura política, republicana y democrática, estaba más abierta a los extranjeros a los que llamaba *“metecos”* y para los cuales había un barrio especial para su hospedaje. Estaban como en una especie de cárcel en la que se les obligaba a pagar 12 dracmas, y se vendían a los que se negaban a pagar dicha suma. El autor Ramón Orué apunta lo siguiente: *“Los extranjeros eran admitidos en Atenas en virtud a los tratados de amistad, y gozaban de ciertos derechos. Otro grupo de extranjeros eran los que tenían que pagar una capitación llamada “metaikon”, para residir en Atenas, dependían de la jurisdicción del Polemarcus y tenían que ser asistidos en juicio por un próxena (un ciudadano solvente que generosamente adquiriría ese compromiso)”*.⁴

² Citado por ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrúa, 12ª edición, México, 1998, p 417.

³ ORUÉ, Ramón de y Arregui. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 231.

⁴ Ibid. p. 232.

1.1.2. ROMA.

Carlos Arellano García señala que la condición jurídica de los extranjeros en la cultura romana bien puede dividirse en tres etapas que son:

- a) *“Antes de las XII Tablas;*
- b) *De las XII Tablas a la Constitución de Caracalla;*
- c) *De la Constitución de caracalla en adelante”.*⁵

En la primera etapa, la condición jurídica de los extranjeros era adecuada ya que los extranjeros tenían derechos y reconocimiento importante con tal de que se romanizara.

En la segunda etapa, una vez que se estableció el pueblo romano bajo la vigencia de las XII Tablas, al extranjero se le llegó a considerar como un enemigo. Vale citar la famosa frase que dice: “adversus hostem aeterna auctoritas esto” (sobre el extranjero imperaba absoluta autoridad romana). Los extranjeros se encontraban en esta etapa en una condición casi infrahumana, en la que casi perdían la calidad de persona, sin embargo, con el paso del tiempo, su estatus fue mejorando en virtud a la voluntad popular y a la interpretación de la ley, reduciéndose la severidad de las XII Tablas.

Tiene origen una clasificación de las personas en ciudadanos y no ciudadanos (nacionales y extranjeros). Los primeros gozaban de privilegios de carácter privado como el derecho a casarse en justas nupcias, el derecho de realizar negocios jurídicos inter vivos y mortis causa, el derecho de servirse del procedimiento quiritorio, etc. Gozaban de derechos políticos como el voto y la posibilidad de ser elegidos para un cargo popular.

⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos Op. Cit. p. 418.

*”Los segundos carecían de los anteriores derechos. En ese grupo se destacan a los peregrinos y los latinos. Los peregrinos se clasificaban en peregrinos propiamente, dediticios, bárbaros y enemigos. Los latinos se clasifican en latini veteranes, latini coloniarri y latini juniani”.*⁶

Los no ciudadanos carecían del mismo estatus político y social de los verdaderos ciudadanos romanos, y en materia de extranjeros, se aplicaba el Jus Gentium o Derecho de Gentes.

En la tercera etapa podemos decir que, mediante un decreto del año 212 de nuestra era, se concedió el derecho de ciudadanía romana a los habitantes del imperio. Se pretendía con ello hacer más productivo el impuesto que gravaba las manumisiones y las sucesiones de los ciudadanos. Dice el maestro Porte Petit que: *“No hubo más peregrinos que los condenados a penas, significando decadencia del derecho de ciudadanía los libertos dediticios y los bárbaros que servían en las armas romanas: ya no hubo más latinos que los libertos latino-junianos”.*⁷

El autor Leonel Pereznieto Castro agrega: *“Con un derecho más evolucionado, los ciudadanos romanos estaban sujetos al jus civile, mientras que los peregrinos de una misma ciudad quedaban sometidos a la ley de su origen, sin embargo, para juzgar las relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos, o entre peregrinos procedentes de diversas ciudades, el pretor se inspiraba generalmente en el jus Pentium (a diferencia del jus civile, éste no era precisamente un cuerpo de leyes, sino una actitud filosófica, una ideología subyacente)”.*⁸

⁶ Ibid p. 419.

⁷ PORTE PETIT, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial saturnino Callea, Madrid, 1968, pp. 85 y 86.

⁸ PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Op. Cit. P. 82.

1.1.3. LOS HEBREOS.

La Biblia es el documento más importante para el pueblo hebreo. En él podemos encontrar algunos datos que nos permiten saber sobre el tratamiento que se les daba a los extranjeros. En tal obra podemos observar lo siguiente: *“No entristezcáis y aflijáis al extranjero, que también vosotros fuisteis extranjeros en Egipto”*.⁹

Se dice que un extranjero podía naturalizarse y convertirse al judaísmo ante tres jueces y trasladando su residencia. Tenía que practicar una ceremonia religiosa de la circuncisión. A este tipo de extranjeros naturalizados y convertidos se les llamaba: *“prosélitos de la justicia”*.

1.1.4. LA INDIA.

Dice Carlos Arellano García, *“...la India pertenece al grupo de pueblos antiguos teocráticos en los que la religión era lo más importante, ya que dominaba tanto la vida pública como la privada”*.¹⁰

La religión hacía a los individuos miembros de la nación y ésta se componía de individuos de una religión única. José Ramón de Orué y Arregui apunta: *“La religión es privilegio de los nacionales”.... “de esta creencia se deriva un menosprecio a los extranjeros, que no pudiendo participar en los ritos religiosos, carecen de la protección de los dioses”*.¹¹

⁹ La Biblia, Éxodo, XXII, 21; Deuteronomio, X, 19, XXVII, 19.

¹⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Op. Cit. 415.

¹¹ Vid. ORUÉ, José Ramón de y Arregui. Op. Cit.. p. 227.

La división de la población en la India antigua en castas, no incluía obviamente, a los extranjeros, posteriormente agrega: “... *que penetraron en la India para el establecimiento de relaciones comerciales, son denominados mléchas en el Código de Manú; si llegan a fijar su residencia en el país, se mezclan con la sociedad originaria, ocupando una posición independiente regulada por las leyes*”. ¹²

1.1.5. LOS EGIPCIOS.

Este notable pueblo se caracterizó por su poca hospitalidad con los extranjeros, por lo que si alguno de ellos llegaba a pedirles ayuda, lo hacían esclavo y el trato que se le daba era cruel, ocupándole en obras públicas. Ricardo Rodríguez (citado por Carlos Arellano García) acota lo siguiente: “*Los reducían a la más cruel esclavitud, ocupándolos en las obras públicas y en construir y embellecer los mejores edificios de su nación*”. ¹³

1.1.6. EL CRISTIANISMO.

Gracias a la religión Cristiana, los extranjeros pudieron alcanzar un mínimo de derechos que les permitía establecerse en otros lugares distintos al de origen para diversos fines.

El cristianismo, además de una religión, la más importante, es una verdadera doctrina filosófica que incluye a todas las personas del mundo, sin importar que fueren nacionales o extranjeras, siendo una de las primeras que pugnan por la igualdad de derechos entre los hombres sin importar su origen.

¹² Idem.

¹³ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Op. Cit. p. 415.

1.1.7. LA EDAD MEDIA.

A la caída del Imperio Romano de Occidente se determina también el principio de la Edad media. La vida regulada por el Derecho Romano es sustituida por una nueva época caracterizada por la barbarie y la violencia.

La condición de los extranjeros resultó en esta etapa muy lamentable. Sufrieron muchas limitaciones en sus derechos en comparación con la época del cristianismo. Dice el autor Leonel Pereznieto Castro que: *“A la caída del imperio romano, los conquistadores se asentaron en su territorio. Aún respecto de grupos de diversos orígenes (francos, galos, godos, visigodos, etc.) con la influencia romana, elaboraron sus leyes propias. En consecuencia, éstas se aplicaban dentro de un mismo territorio en función de la calidad de la persona. En esa época se otorgaron derechos a los extranjeros. A su vez, Teodorico protegió a los comerciantes extranjeros e, incluso, estableció jueces especiales para dirimir sus controversias. Los visigodos concedieron a los extranjeros la oportunidad de ser juzgados por personas de su mismo origen”*.¹⁴

Con la llegada y desarrollo del feudalismo, los extranjeros pasaron a ser esclavos del dueño de las tierras en las que deseaban establecerse; en otros casos, el señor feudal tenía el derecho de vida y muerte de los extranjeros, mientras que en otros lugares, sólo se les permitía la entrada a los extranjeros mediante el pago de cantidades establecidas por el señor feudal y, por otro lado, se les obligaba a pagar gravosos impuestos que tornaban complicada su permanencia. En esta etapa el derecho de *albanagio* o *aubana* nace como una limitación discriminatoria impuesta por los señores feudales a los extranjeros y que consistía en el derecho de apropiarse de los bienes de los extranjeros fallecidos en sus dominios. Otro ejemplo es el *naufragio*, mediante el cual el príncipe podía hacerse propietario de todo objeto recuperado de naves naufragadas en sus

¹⁴ PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Op. Cit. P. 83.

costas. “El “chevage”, era la capitación de que gozaban los individuos de distinto feudo por su permanencia. Por otro lado, el “formariage” era una especie de impuesto que se pagaba por el matrimonio entre extranjero y mujer feudataria”.¹⁵

1.2. MODERNISMO.

Los tiempos modernos trajeron a los extranjeros un mejor trato, el cual, paulatinamente se fue suavizando a la par que las ideas de libertad e igualdad fueron tomando su un lugar preponderante en la mayoría de los Estados. Las ideas libertarias galas habrían de ser recogidas e implantadas en los Estados Unidos de América en cuya Constitución de 1787 quedaron insertas ideas y modelos como el republicano, el democrático y el régimen de respeto hacia los derechos subjetivos públicos de los gobernados en sus artículos.

1.2.1. LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

Uno de los movimientos ideológicos libertarios más significativos de todos los tiempos fue la Revolución Francesa, consecuencia de la opresión y la violación a los derechos fundamentales de toda persona. Producto de este movimiento armado libertador fue la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la que proclamaba derechos básicos para todo ser humano. Por ejemplo, en su artículo 3º se establece que: *“Por la naturaleza y ante la ley, todos los hombres son iguales”*.

¹⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Op. Cit. P. 422.

El artículo 120 del acta Constitucional de la República Francesa (del 21 de junio de 1793) manifestaba sobre los extranjeros:

“Da asilo a los extranjeros desterrados de su patria por causa de libertad: lo rehúsa a los tiranos”.

El Decreto Constituyente del 6 de agosto de 1790 que decía que los nacionales y extranjeros eran iguales ante la ley (dentro del derecho privado), aboliéndose expresamente el *derecho de aubana*.

Mediante Decreto del 8 de abril de 1791, se permitió que los extranjeros pudieran heredar, aún siendo el francés el autor de la sucesión.

Tenemos también que, *“el Código Napoleónico, en sus artículos 726 y 912, recupera el derecho de aubana, pero, la ley del 14 de julio de 1819 vuelve a permitir que los extranjeros heredaran y pudieran disponer de sus bienes en toda Francia”*.¹⁶

1.2.2. ALGUNOS TRATADOS REFERENTES A LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS.

Cabe decir que el siglo XIX fue propicio para la reivindicación de los derechos a favor de los extranjeros. Finalmente, en Francia desaparece el albinagio mediante la ley del 14 de julio de 1819. En Inglaterra, el estatuto Victoria de 1844 mejora la condición jurídica de los extranjeros, aunque el Parlamento de esa nación prohibía la posesión del territorio por parte de extranjeros.

En Italia, el artículo 3º del Código Civil del 25 de junio de 1865, señalaba que:

“El extranjero puede disfrutar de todos los derechos civiles atribuidos al ciudadano”.

¹⁶ Ibid. P. 424.

*“Los extranjeros que logran emigrar a América buscan y encuentran un trato más amable y cordial. Se establecen en el territorio del nuevo continente entre 1820 y 1930 26, 180,000 inmigrantes. Tan sólo, hoy sabemos que hay más de veinte millones de mexicanos en la Unión Americana”.*¹⁷

Los Estados Unidos de América son el país que mayor cantidad de extranjeros ha aceptado a lo largo de su historia, de hecho, es una nación conformada por diversas raíces culturales, lingüísticas y raciales.

Conjuntamente con el esfuerzo y tendencia de los Estados modernos a mejorar la condición jurídica de los extranjeros, se ha ido formando un movimiento internacional tendiente a establecer un mínimo de derechos que deben gozar los extranjeros en toda época y lugar. Carlos Arellano García apunta: *“La tendencia internacional benéfica a los extranjeros se ha manifestado tradicionalmente como un derecho que tiene el extranjero a ser protegido por el Estado al que pertenece y como un derecho del Estado a protegerlo”.*¹⁸

Cuando se afecta a un extranjero en su esfera jurídica, a solicitud de éste, o de manera oficiosa, su propio Estado puede decidir si protege a su nacional, recordando instituciones del Derecho Internacional como la responsabilidad internacional y la interposición diplomática. Una nación tiene la facultad soberana y discrecional de decidir no representar los intereses de uno de sus nacionales cuando se afecten las relaciones con otro ente internacional. Wolfgang Friedman: *“... puede haber situaciones en que un gobierno no considere conveniente proteger los intereses de alguno de los súbditos cuya conducta haya causado resentimiento o ira al país extranjero y poner así en peligro sus relaciones con otro Estado, las cuales pueden serle de gran interés desde el punto de vista*

¹⁷ Idem.

¹⁸ Ibid. P. 424.

*estratégico o político; tal proceder, sin embargo, no afectaría los aspectos legales del daño causado al individuo o a sus propiedades”.*¹⁹

El Instituto de Derecho Internacional, en 1945, expide una Declaración que señala lo siguiente: *“Es deber de todo Estado reconocer a todo individuo el derecho igual a la vida, a la libertad, y a la propiedad y conceder a todos en su territorio, plena y completa protección de esos derechos, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, idioma o religión”.*²⁰

Los Delegados de más de 50 Estados, se reunieron en la ciudad de San Francisco, California, del 25 de abril al 26 de junio de 1945, para trabajar en la redacción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, documento constitutivo de ese organismo de alcance mundial. En el preámbulo del mismo encontramos:

“CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.

***Nosotros los pueblos
de las Naciones Unidas
resueltos***

a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles,

¹⁹ FRIEDMAN, Wolfgang. La Nueva Estructura del Derecho Internacional. Editorial Trillas S.A. México, 1967, p. 287.

²⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Op.Cit. p. 426.

a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,

a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional,

a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

y con tales finalidades

a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos,

a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y

a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos,

***hemos decidido a unir
nuestros esfuerzos para
realizar estos designios***

Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas”.

En esta carta importante se puede observar que la Organización de las Naciones Unidas lucha permanentemente por un trato digno e igual para todas las personas y todos los Estados, sin importar sus diferencias. Los artículos 1 y 2 de la misma Carta complementan lo antes manifestado:

“Artículo 1.

Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes”.

“Artículo 2.

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales, ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.

6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

Estos propósitos de quienes formaron a la actual ONU, llevó a un serio compromiso. Así, en 1945, cuando se redactó la Carta de la ONU, se propuso formular una convención internacional sobre derechos humanos. Se creó una Comisión de Derechos Humanos que haría realidad este sueño.

Entre los años 1947 y 1948, el texto final quedó listo, quedando aprobado el 10 de diciembre de 1948. En materia de extranjeros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en sus artículos 1º y 2º :

“Artículo 1º.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

“Artículo 2º.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Esta Declaración no ha llegado todavía a ser una verdadera norma internacional, sino un catálogo de principios y doctrinas o postulados de valor universal.

La Comisión de Derechos Humanos ha trabajado en la elaboración de dos pactos aparte del de Derechos Humanos: uno, relacionado con los derechos civiles y el otro con los derechos de carácter económico, social y cultural. Nuestro país se ha adherido a ambos instrumentos.

En fecha 12 de mayo de 1981, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mientras que en fecha, 20 de mayo del mismo año, se promulgó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Estos instrumentos de alcance mundial son un ejemplo de la fuerte tendencia a favor del mejoramiento de los derechos de todas las personas en cualquier parte donde se encuentren, prohibiendo cualquier forma de discriminación. Esta tendencia mundial ha influido en las legislaciones de los Estados para que se cree una verdadera conciencia a favor del respeto de los Derechos Humanos de toda persona.

1.3. EN EL DERECHO MEXICANO:

Con la firma y entrada en vigor de los Tratados de Libre Comercio con otras naciones y bloques comerciales, así como resultado de fenómenos como la globalización, la migración de extranjeros hacia México ha aumentado notablemente, lo que podemos observar en las principales calles y zonas de la ciudad de México en las que vemos a muchos extranjeros realizando distintas actividades, algunas de ellas no permitidas o ilegales.

Acto seguido hablaremos de los principales antecedentes de la legislación nacional en materia de condición jurídica de extranjeros.

1.3.1. ETAPA PRECORTESIANA.

Con la llegada de los españoles a nuestro territorio, se implantaron muchas de sus costumbres, su idioma, religión y por supuesto, su derecho o

sistema jurídico, el cual permaneció hasta nuestros primeros días de vida independiente, ya que el país se encontraba con demasiados problemas que resolver, por lo que las normas del Derecho Español, tuvieron que seguir aplicándose por un tiempo breve. Ricardo Rodríguez, citado por el maestro Carlos Arellano García acota lo siguiente: “... en materia de extranjeros era superfluo hablar de ellos en la época de la conquista y aquellos extranjeros que se asentaron aquí eran muy pocos”.²¹

La vigencia del Derecho Español antiguo puede situarse cronológicamente en todo el periodo colonial y en la consumación de la independencia hasta la iniciación de la Reforma.

1.3.2. ETAPA COLONIAL.

Dice Carlos Arellano García que: “Una de las instituciones normativas importantes del Derecho Español era el Fuero Juzgo, legislación unificadora de la legislación bárbara y del Derecho Romano, también se le conoció como *liber iudiciorum*. Esta legislación muestra algo de benignidad con los extranjeros al permitir entre otras cosas que los mercaderes extranjeros pudieran ser juzgados por su Jueces y sus leyes (ley 2ª., título 3, libro XI)”.²²

El mismo autor agrega que: “El Fuero Real era menos tolerante que el anterior Fuero. En su ley 5ª, título 6º, libro I, se prohibía la aplicación de las leyes extranjeras en los juicios, por lo que todos serían objeto de dicho Fuero, bajo la pena de una multa fuerte en caso contrario, no obstante, según el autor Ramón Orué, algunos preceptos reconocían a los moros y judíos el derecho de regirse por

²¹ Ibid. P. 430.

²² Idem.

sus propias leyes, prohibiendo la coacción para que adoptaran la religión cristiana.”²³

A los peregrinos y romeros se les colocaba bajo la protección del Rey, por lo que no se podía ejercer violencia sobre ellos.

Otro orden legislativo importante es sin duda, Las Siete Partidas. En su ley 15, título 14, Partida Primera, se establece la sujeción de nacionales y extranjeros a lo dispuesto en ese cuerpo de leyes y la ley 6ª, título 4º y Partida Tercera, ordena a los jueces que los pleitos se decidan por las leyes del citado Código. En materia de extranjería, resulta favorable la actitud de este ordenamiento frente a los extranjeros aún tratándose de moros y judíos cuando llegasen a España por motivos comerciales o por cualquier otro, estableciéndose que se evitará toda coacción contra ellos, respetándose sus cuerpos y mercancías.

Las Leyes de Partida imponían sanciones severas para aquellos que impidiesen a otros disponer libremente de sus bienes por testamento, incluyendo también a los extranjeros. Dice Toribio Esquivel Obregón que, según este ordenamiento, declara incapaz de testar al que estorbó a hacerlo a un peregrino, y si este moría sin disponer de sus bienes, debían ser entregados al obispo para que avise a sus parientes en el lugar de donde fuere, y le entregue lo que su familiar hubiese dejado. Esta disposición constituye una derogación del derecho de aubana por el que el gobernante se apoderaba de los bienes del extranjero al morir, con o sin, testamento.

Con el descubrimiento del nuevo Continente se les prohibió a los extranjeros ejercer el comercio en las Indias (Novísima Recopilación Libros 1 y 2,

²³ ORUÉ, José Ramón de y Arregui. Op.Cit. p. 275.

título XI, Libro VI). Esta práctica produjo en la metrópoli la necesidad de hacer concesiones a los extranjeros para distraer su atención de los intereses coloniales españoles en el nuevo Continente. Así en la Novísima Recopilación, Ley 10, Título II, Libro VI, otorgó a los extranjeros el derecho de ejercitar profesiones y gravámenes en España, llegando al grado de la exención de gravámenes fiscales en la Ley 3ª, título XI, Libro VI. Se establece en esa obra la matrícula o inscripción en un registro especial para cuidar los intereses de extranjeros. Igualmente, se crea el Fuero de Extranjería.

Las Leyes de Indias son una recopilación de distintas disposiciones que se referían también a la condición jurídica de los extranjeros. En este cuerpo legislativo se prohibió a los extranjeros el acceso a tierras de la nueva España. Establecían también que los bienes de los extranjeros que muriesen en América, no pasarían a sus herederos, con excepción de los que estuvieron casados con españolas o indias y tuvieron hijos con ellas. Y de aquellos que viviendo en España, fallecieron a bordo de los buques fondeados.

En los años de lucha por la Independencia del México, se logró promulgar en la Nueva España la Constitución de 1812, la cual les da el carácter de españoles a un gran número de extranjeros. Su artículo 5º considera como españoles a todos los hombres libres nacidos y vecindados en los dominios españoles y a los extranjeros sin carta de naturaleza que llevaran 10 años de vecindad en cualquier pueblo de la monarquía.

La Constitución de 1814, también conocida como "*Constitución de Apatzingán*", adopta la tendencia asimiladora de los extranjeros radicados en el territorio mexicano, el único requisito que se les pedía era que profesaran la religión católica, apostólica y romana y no se opusieran a la libertad de la nación, por lo que se les reputarían como ciudadanos, gozando de los beneficios de ley.

1.3.3. EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE.

Antes de consumarse la Independencia de México, el Plan de Iguala de 24 de febrero de 1821, sugiere un tratamiento de igualdad de los nacionales y los extranjeros avecindados en el país.

El 24 de agosto de 1821, Iturbide y Juan O'Donojú suscriben el Tratado de Córdoba, mediante el cual se determina la soberanía y la Independencia de México, creándose el Imperio Mexicano al mando de su Emperador Agustín de Iturbide. Este documento reconoce un trato igual entre nacionales y extranjeros.

Acerca de las **Bases Constitucionales de 1822**, señala el maestro Carlos Arellano García que: *“El segundo Congreso mexicano al instalarse el 24 de febrero de 1822, estableció diversas bases constitucionales, entre ellas se determinó: ‘El Congreso soberano declara la igualdad de derechos civiles en todos los habitantes libres del imperio, sea el que quiera su origen en las cuatro partes del mundo’.* ²⁴

Leyes Constitucionales de 1836, la primera de ellas, del 29 de diciembre de ese año, en relación con los derechos y las obligaciones de los mexicanos y los extranjeros señala en su artículo 12º que:

“12.- Los extranjeros, introducidos legalmente en la República, gozan de todos los derechos naturales, y además los que se estipulen en los tratados, para los súbditos de sus respectivas naciones; y están obligados a respetar la religión, y sujetándose a las leyes del país en las cosas que puedan corresponderles”.

²⁴ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Op. Cit. p. 434.

El artículo siguiente señala que:

“13.- El extranjero no puede adquirir en la República, propiedad raíz, si no se ha naturalizado en ella, casase con mexicana y se arreglase a lo demás que prescriba la ley relativa a estas adquisiciones. Tampoco podrá trasladar a otro país su propiedad mobiliaria, sino con los requisitos y pagando la cuota que establezcan las leyes.

Las adquisiciones de colonizadores se sujetarán a las reglas especiales de colonización”.

Bases Orgánicas de 1843. El artículo 8º, del 12 de junio de 1843, señala como obligaciones de todos y cada uno de los habitantes de la República, sin que medie diferencia entre nacionales y extranjeros, las de observar la Constitución y las leyes, y obedecer a las autoridades. El artículo 9º fija de forma minuciosa en sus 13 fracciones los derechos de los habitantes de la República, derechos iguales tanto para nacionales como para extranjeros.

El artículo 10 de ese cuerpo normativo dice que los extranjeros gozarán de las leyes y los tratados respectivos.

El 10 de abril de 1865, el entonces Emperador Maximiliano, expide el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, en cuyos artículos del 58 a 81, se hablaba de las garantías de los ciudadanos, sin establecerse distinción alguna entre nacionales y extranjeros, con la única excepción de que el artículo 54 señalaba como obligación de los mexicanos defender a la patria de cualquier ataque del exterior y el artículo 65 que decía que era deber de los ciudadanos mexicanos inscribirse en su municipio para poder desempeñar los cargos de elección popular, siempre que no hubiere impedimento legal alguno.

Sobre la Constitución de 1857, vale decir que se trata de un documento de tendencia liberal, en cuyos artículos 1º, 2º 32º y 33º se habla de los extranjeros en los siguientes términos.

El artículo 1º, establece el principio de que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, por lo que las leyes y las autoridades del país debían respetar tales derechos.

El artículo 2º, manifestaba que en la República mexicana todo hombre nace libre, prohibiéndose la esclavitud y, en caso de que un esclavo extranjero entrara al país, por ese sólo hecho, alcanzaría su libertad.

El artículo 32º, dice que los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para todos los empleos, cargos o comisiones de nombramiento de las autoridades, en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. Se expedirán leyes para el beneficio de los mexicanos “laboriosos”, premiando a los que se distinguen en cualquier ciencia o arte, estimulando el trabajo y fundando colegios y escuelas prácticas de artes y oficios.

El artículo 33, establece que son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías otorgadas en la Sección I, Título I de la misma Constitución, salvo el caso en el que el Gobierno tiene el derecho de expeler al extranjero pernicioso. Los extranjeros tienen el deber de contribuir a los gastos públicos de acuerdo a las leyes, y de obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose a los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos, que los que las leyes concedan a los mexicanos.

1.3.4. ACTUALMENTE.

A continuación, hablaremos de la Constitución Política de 1917, producto de la Revolución de 1910 y del malestar y rezago del pueblo, así como de su constante explotación.

La Constitución de 1917 es la primera con un sentido y objetivos netamente sociales en el mundo, por lo que ha servido como modelo para otras Constituciones en el mundo entero. Recoge algunos aspectos de su antecesora, la Constitución de 1857, pero, otros, son innovadores y tienden a reivindicarle al pueblo y en especial, a las clases económicamente desprotegidas sus legítimos derechos: a obreros y campesinos.

El autor Enrique Sánchez Bringas dice que: *“La constitución vigente recoge principios ideológicos y preceptos normativos que encuentran su origen en la guerra de independencia, en la reforma y en el periodo revolucionario de 1910-1917. Sintetiza pues, los principios que permiten calificarla como la primera norma fundamental de contenido social en la historia del derecho universal”*.²⁵

Coincidimos con el autor en el sentido de que la Constitución Política de 1917 es la primera en tener un sentido eminentemente social, por lo que se le ha considerado como la primera en su tipo.

El artículo 1º de nuestra Constitución actual establece que:

“Artículo 1º.-En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

²⁵ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 1998, p. 211.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

El artículo primero no determina diferencia alguna entre nacionales y extranjeros, conservando el derecho a la libertad de todo extranjero que entre al país como esclavo. Así, toda persona gozará de las garantías contenidas en la Constitución, lo que también incluye a los extranjeros, salvo los derechos políticos, propios y exclusivos de los ciudadanos mexicanos.

El último párrafo que fue incluido ya en el Gobierno del Presidente Fox, y se debe a un paquete de reformas y adiciones al Pacto Federal enviada al Congreso de la Unión por él con motivo de los acuerdos de San Andrés, con el EZLN en materia indígena y como protección para las personas de la tercera edad.

Por otro lado, el artículo 33 constitucional versa sobre los extranjeros:

“Artículo 33º.-Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”.

Son extranjeros los que no posean las calidades establecidas en el artículo 30:

“Artículo 30.-La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A.- Son mexicanos por nacimiento:

I.- Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B.- Son mexicanos por naturalización:

I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley”.

El artículo 33º constitucional establece la facultad discrecional del Ejecutivo de la Unión para hacer abandonar el país a todo extranjero cuya estancia se juzgue inconveniente, por ejemplo, cuando se inmiscuyen en asuntos políticos. Contra la expulsión de extranjeros no procede recurso legal alguno,

además, no se les respeta la garantía de audiencia previa. Por lo demás, los extranjeros gozan de todas las garantías que concede la Constitución Política, con excepción de los derechos políticos, los cuales les corresponden únicamente a los ciudadanos mexicanos.

El artículo 27^o constitucional también se refiere a los extranjeros en su fracción I que señala literalmente:

“La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones”.

Esta fracción es trascendente toda vez que contiene la Cláusula Calvo, mediante la cual los extranjeros que deseen adquirir tierras, aguas o sus accesiones en el territorio nacional siempre que convengan ante la Secretaría de

Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales y en no invocar la protección de sus gobiernos, so pena de perder sus bienes adquiridos a favor del Estado mexicano, debiendo, en caso de una controversia, agotar todos y cada uno de los recursos legales expeditos en la legislación mexicana.

La Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934. Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 20 de enero de 1934. No menciona en su denominación la extranjería que también reglamenta en el Capítulo IV “Derechos y obligaciones de los extranjeros”. Este Capítulo no alcanza a hacer una codificación del gran número de preceptos dispersos que regulan en nuestro Derecho la condición jurídica de los extranjeros.

*“El artículo 33 de ese ordenamiento incluye la Cláusula Calvo, inserta también en la fracción I del artículo 27 constitucional”.*²⁶

Por otra parte, debemos aclarar al lector que la Ley General de Población vigente es el ordenamiento encargado de regular gran parte de lo relativo a los extranjeros en nuestro Derecho vigente. Esta Ley fue promulgada el 11 de diciembre de 1973, y abrogó a la Ley General de Población de 23 diciembre de 1947.

Esta Ley establece que:

“Artículo 1º.-Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en la República. Su objeto es regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social”.

²⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Op. Cit. pp. 439 y 440.

El artículo 13 de la Ley señala:

“Artículo 13.-Los nacionales y extranjeros para entrar o salir del país, deberán llenar los requisitos exigidos por la presente Ley, sus reglamentos y otras disposiciones aplicables”.

El artículo 27 dice:

“Artículo 27.-Los extranjeros cuya internación sea rechazada por el servicio de migración, por no poseer documentación migratoria o por no estar ésta en regla, así como los polizones, deberán salir del país por cuenta de la empresa de transportes que propició su internación sin perjuicio de las sanciones que les correspondan de acuerdo con esta Ley”.

El artículo 32 faculta a la Secretaría de Gobernación para:

“Artículo 32.-La Secretaría de Gobernación fijará, previos los estudios demográficos correspondientes, el número de extranjeros cuya internación podrá permitirse al país, ya sea por actividades o por zonas de residencia, y sujetará a las modalidades que juzgue pertinentes, la inmigración de extranjeros, según sean sus posibilidades de contribuir al progreso nacional”.

El artículo 33 acota que:

“Artículo 33.-De conformidad con lo dispuesto por el artículo anterior, los permisos de internación se otorgarán preferentemente a los científicos y técnicos dedicados o que se hayan dedicado a la investigación o a la enseñanza en disciplinas no cubiertas o insuficientemente cubiertas por mexicanos, así como a los inversionistas a que se refiere el artículo 48, fracción II, de esta Ley. A los turistas se les proporcionarán facilidades para internarse en el país”.

El artículo 34 faculta también a la Secretaría de Gobernación para:

“Artículo 34.-La Secretaría de Gobernación podrá fijar a los extranjeros que se internen en el país las condiciones que estime convenientes respecto a las actividades a que habrán de dedicarse y al lugar o lugares de su residencia. Cuidará asimismo de que los inmigrantes sean elementos útiles para el país y de que cuenten con los ingresos necesarios para su subsistencia y en su caso, la de las personas que estén bajo su dependencia económica”.

El artículo 35 se refiere al derecho de asilo en los siguientes términos:

“Artículo 35.-Los extranjeros que sufran persecuciones políticas o aquellos que huyan de su país de origen, en los supuestos previstos en la fracción VI del artículo 42, serán admitidos provisionalmente por las autoridades de migración, mientras la Secretaría de Gobernación resuelve cada caso, lo que hará del modo más expedito”.

El artículo 36 de la ley faculta también a la Secretaría de Gobernación para arraigar a extranjeros destacados en campos como:

“Artículo 36.-La Secretaría de Gobernación tomará medidas necesarias para ofrecer condiciones que faciliten el arraigo y asimilación en México de investigadores, científicos y técnicos extranjeros”.

El artículo 37 dice que la Secretaría de Gobernación podrá negar a los extranjeros la entrada al país o el cambio de la calidad o la característica migratoria en los siguientes casos:

“Artículo 37.-La Secretaría de Gobernación podrá negar a los extranjeros la entrada al país o el cambio de calidad o característica migratoria por cualesquiera de los siguientes motivos, cuando:

- I.- No exista reciprocidad internacional;*
- II.- Lo exija el equilibrio demográfico nacional;*

III.- *No lo permitan las cuotas a que se refiere el artículo 32 de esta Ley;*

IV.- *Se estime lesivo para los intereses económicos de los nacionales;*

V.- *Hayan infringido las leyes nacionales o tengan malos antecedentes en el extranjero;*

VI.- *Hayan infringido esta Ley, su Reglamento u otras disposiciones administrativas aplicables en la materia, o no cumplan con los requisitos establecidos en los mismos;*

VII.- *No se encuentren física o mentalmente sanos a juicio de la autoridad sanitaria; o*

VIII.- *Lo prevean otras disposiciones legales”.*

El artículo 38 dice:

“Artículo 38.-Es facultad de la Secretaría de Gobernación, suspender o prohibir la admisión de extranjeros, cuando así lo determine el interés nacional”.

El artículo 41 es de suma importancia para el tema puesto que se refiere a las calidades migratorias en las que puede entrar un extranjero:

“Artículo 41.-Los extranjeros podrán internarse legalmente en el país de acuerdo con las siguientes calidades:

a).- No Inmigrante,

b).- Inmigrante”.

La Ley General de Población contiene otras disposiciones sobre extranjeros, sin embargo, no es la única, ya que la Ley de Nacionalidad también hace referencia a los que desean adquirir nuestra nacionalidad, debiendo cumplir con ciertos requisitos legales. En términos generales, esta es la regulación actual

que nuestra legislación hace de la condición jurídica de los extranjeros, principalmente, a través de la Ley General de Población.

CAPÍTULO 2.

LOS DELITOS EN MATERIA MIGRATORIA.

2.1. EL DELITO EN GENERAL:

Gramaticalmente, la palabra “delito”, proviene del latín: *delictum*, *delinquo*, *delinquere*, que significa desviarse, resbalar, abandono de una ley. Carrara dice que: *“Cometer una falta, y crimen, del griego cerno, iudio en latín, que a pesar de ser en su origen término que significa las acciones menos reprobables, llegan finalmente a designar los más graves delitos. Elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman una palabra, los átomos que forman una molécula, los cuerpos simples que se combinan para formar una sal, el género próximo y la diferencia específica de toda definición esencial, o el acto humano y sus calificativas de antijuricidad y culpabilidad que integran el delito y en materia de cualquiera de los cuales desaparece tal delito”*.²⁷

El delito es una conducta u omisión que lesiona al ofendido o la víctima, la sociedad y el Estado Mexicano, por lo cual, el legislador establece diferentes penas para cada uno de ellos, conforme al bien jurídico que se tutele.

2.1.1. CONCEPTO.

Roberto Reynoso Dávila cita a los siguientes doctrinarios quienes nos ofrecen sus propios conceptos sobre el delito:

²⁷ Citado por REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General del Delito. Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 1998, p. 13.

Eduardo Massari: *“...el delito no es éste, ni aquél, ni el otro elemento; está en el conjunto de todos sus presupuestos, de todos sus elementos constitutivos, de todas sus condiciones; está antes que en la inmanencia, en la confluencia de todos ellos”*.²⁸

Pellegrino Rossi dice: *“Delito es la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos”*.

Reinhart Frank: *“El delito es la violación de un derecho fundado sobre la ley moral”*.

Gian Domenico Romagnosi: *“El delito es el acto de una persona libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto”*.

Fernando Castellanos Tena retoma al autor italiano Carrara el cual decía del delito: *“... es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso”*.²⁹

Desde siempre, el delito ha sido materia de muchos análisis y posturas por parte de la doctrina, sin embargo, no se ha podido establecer un concepto que sea universalmente válido y que logre encerrar todos y cada uno de los contenidos del delito.

2.1.2. LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Debemos decir que la doctrina penal ha optado por diversas concepciones sobre el delito. Así, hay las doctrinas biatómicas, las triatómicas, las

²⁸ Citado por CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 26.

²⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, 43ª edición, México, 2002, pp 17 y 18.

bitómicas, las tritómicas, las tetratómicas, las pentatómicas, las hexatómicas y las heptatómicas sobre los elementos que integran al delito.

Vincenzo Manzini dice de los presupuestos del delito que son elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate. Después *“...distingue los presupuestos del delito de los presupuestos del hecho y dice que los últimos son los elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia se requiere para que el mismo, previsto por la norma, integre un delito, de manera que su ausencia quita el carácter punible al hecho. Estos últimos presupuestos (del hecho) pueden ser jurídicos o materiales de acuerdo con su naturaleza”*.³⁰

Los autores mencionan como posibles presupuestos del delito los siguientes:

a) la vida previa de la víctima en el delito de homicidio; b) el estado de gravidez en el aborto; c) el parentesco en el parricidio o en el incesto; d) el matrimonio anterior válido en la bigamia; e) la ajenidad de la cosa en el robo; f) el carácter de funcionario en el peculado, entre otros.

2.1.3. LOS ELEMENTOS DEL DELITO. BREVE SEMBLANZA:

En el derecho Penal es común hablar de los sujetos del delito: sujeto activo y pasivo; objetos del delito: el material y el jurídico; las formas en que se manifiesta el delito (concurso de delitos) y los elementos del delito.

³⁰ MANZINI, Vincenzo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México, 1994, p. 191.

Acerca de los elementos del delito existen varias teorías o escuelas que son:

- a) *“La bitómica que abarca la conducta y la tipicidad.*
- b) *La tritómica que abarca la conducta, la tipicidad y la antijuricidad.*
- c) *La tetatómica que abarca la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.*
- d) *La pentatómica que abarca la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad.*
- e) *La hexatómica que abarca la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, la punibilidad y la imputabilidad, y*
- f) *La heptatómica que abarca la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, la punibilidad, la imputabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad”.*³¹

Los elementos del delito constituyen uno de los temas torales del Derecho Penal, inclusive, algunos señalan que es la columna vertebral del mismo.

El adecuado conocimiento y manejo de los elementos del delito permite entender en la práctica cada delito y sus características especiales. Diríamos que los elementos del delito son el fundamento de la teoría del delito, por lo que la autora I. Griselda Amuchategui Requena dice que: *“Los elementos del delito son al derecho penal lo que la anatomía es a la medicina”.*³²

Los elementos del delito son efectivamente, las partes que lo integran y varían de acuerdo a la escuela o postura que se adopte.

Se dice que Luis Jiménez de Asúa y Fernando Castellanos Tena, tienen el gran mérito de ser los que por vez primera hablaron de los elementos del

³¹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Derecho Penal. Editorial Oxford, 2ª edición, México, 2004, p. 44.

³² Idem.

delito, llegando a ser una parte importante en el estudio del Derecho Penal en su parte sustantiva.

En la actualidad, no se podría entender el estudio de los delitos en general y de cada uno de ellos en lo particular, sin el análisis previo y general de sus elementos.

La autora antes citada adopta la teoría hexatómica que consta de los siguientes elementos:

- a) **Conducta.**
- b) **Tipicidad.**
- c) **Antijuricidad.**
- d) **Culpabilidad.**
- e) **Punibilidad.**
- f) **Condicionalidad objetiva.**³³

Por otro lado, el maestro Fernando Castellanos Tena adopta la misma teoría hexatómica, sin embargo, en lugar de la condicionalidad objetiva habla de la imputabilidad como elemento integrante de tal teoría.

- a) ***Actividad o conducta..... falta de actividad o de conducta.***
- b) ***Tipicidad..... ausencia del tipo legal.***
- c) ***Antijuricidad..... causas de justificación.***
- d) ***Imputabilidad..... Causas de inimputabilidad.***
- e) ***Culpabilidad..... inculpabilidad.***
- f) ***Punibilidad..... Ausencia de punibilidad.***³⁴

De la lectura de los elementos adoptados por el maestro Fernando Castellanos Tena se observa la existencia simultánea de otros elementos que

³³ Ibid.p. 45.

³⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. P. 134.

reciben el nombre de “negativos”, que vienen a ser la contraposición de los positivos, puesto que anulan o dejan sin existencia a los primeros.

La existencia de elementos positivos y negativos obedece al modelo aristotélico del *sic et non* (si y no). Acerca de la existencia de los dos tipos de elementos, el autor Luis Jiménez de Asúa cita a Saber, quien se expresa en estos términos: *“Guillermo Saber antes de que despeñara por el rigorismo autoritario construyó con designio filosófico, frente a la faz positiva de los caracteres del delito, su aspecto negativo. Pero el filósofo-jurista alemán no llega al logro de su propósito, puesto que no consigue exponer orgánicamente todos los problemas que la infracción abarca. Completando su doctrina, diremos que cada ausencia de los requisitos del delito crea un instituto jurídico-penal de importancia superlativa”*.³⁵

A continuación hablaremos brevemente de cada uno de los elementos del delito, primero en su aspecto positivo y después en el negativo.

2.1.3.1. POSITIVOS.

Los elementos positivos son la manifestación de la existencia jurídica de un delito.

CONDUCTA.

La doctrina dice que el primer elemento del delito es la conducta, es decir, el comportamiento humano activo u omisivo generador de un delito. La doctrina penal emplea indistintamente la palabra acto, acción, hecho o actividad. Decimos que la conducta es el comportamiento humano voluntario, activo o

³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. P. 135.

negativo que produce un resultado. Dice el maestro Luis Jiménez de Asúa: *“es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta”*.³⁶

El Derecho Penal utiliza la palabra acto de manera amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión.

El autor define al acto como la: *“manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda”*.³⁷

Todo acto implica una conducta del ser humano, por lo que es voluntaria y produce un resultado.

Sólo las personas físicas pueden cometer delitos, no así las personas morales, ya que: *“...no son capaces del conocimiento de los hechos y de su significación injusta, y en consecuencia no pueden ser culpables. Si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos.”*³⁸

La conducta humana es el principal elemento del delito, y ha sido uno de los temas más polémicos en toda la historia del Derecho Penal. Esgrime el autor Roberto Reynoso Dávila: *“La conducta humana debe ser considerada por sí sola, en sí misma, como tal elemento básico, sin valoración atinente a otros*

³⁶ Ibid. p. 136.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibid. P. 137.

atributos. Por eso, la doctrina ha dicho desde hace muchos años que la conducta es un elemento “incolore” o “acromático”.³⁹

El mismo autor distingue tres aspectos en la acción o conducta humana:

- a) El movimiento corporal, o la abstención en su caso;
- b) El resultado; y,
- c) El nexo causal que enlaza aquellos con éste.

Dice la autora I. Griselda Amuchategui Requena: “La acción consiste inactuar o hacer, es un hecho positivo, que implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso, mediante personas”.⁴⁰

La conducta puede ser llevada a cabo mediante un comportamiento o varios; por ejemplo, para privar de la vida a alguna persona, el agente o sujeto activo desarrolla una conducta a fin de realizar el evento, mediante un conjunto de pasos concatenados tendientes a la producción del resultado (llamado iter criminis).

La conducta humana activa consiste en un movimiento corporal voluntario dirigido a la obtención de un fin determinado.

El autor alemán Liszt, citado por los autores italianos Fioretti y Zerboglio, dice que: “la acción es la modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria, ya consista en un hacer positivo o en una omisión”.⁴¹

³⁹ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Op. Cit. P. 20.

⁴⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op.Cit. p. 49.

⁴¹ FIORETTI, Julio y Zerboglio Andrés. Sobre la Legítima Defensa. Editorial Reus, Madrid, 1926, p. 312.

Los elementos de la conducta son: la voluntad o querer hacer u omitir una obligación de hacer algo por ley. Es una intención; la actividad, que consiste en hacer o actuar, es el hecho positivo o corporal humano encaminado al resultado; el resultado propiamente, que es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal, y el nexo de causalidad que une la conducta con el resultado: relación de causa-efecto.

La gran mayoría de los delitos que contemplan los diversos Códigos Penales de los Estados (incluyendo el Federal y el del Distrito Federal) son de acción, sin embargo, también los hay de omisión.

La omisión es la conducta humana pasiva o inactividad cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Si no se tiene el deber de obrar o hacer algo no existe omisión ni delito alguno. Es importante resaltar que la norma jurídica penal exige que la persona lleve a cabo una conducta material, por lo que ante el incumplimiento de ese deber de hacer es que existe el delito de omisión el cual es motivo también de una sanción penal.

La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, esto es, en querer la inactividad, o realizarla culposamente, o bien, en no llevarla a cabo en virtud de un olvido.

En el caso del artículo 120 de la Ley General de Población, materia de esta investigación, la acción consiste en llevar a cabo actividades que por carecer de permiso un extranjero por parte de la autoridad migratoria, resultan ilegales y contrarias a su característica, por lo que en teoría debe abstenerse de hacerlas y en caso contrario, acreditará los extremos del tipo penal federal.

Otros delitos como el abandono de personas son de omisión, cuando se tiene un deber de asistir a los menores y los padres o ascendientes quienes tienen ese deber no lo hacen por alguna causa, incumplen con lo señalado por la

norma penal por lo que se hacen acreedores a una pena. El artículo 15º del actual Código Penal para el Distrito Federal dispone que:

“ARTÍCULO 15 (Principio de acto). *El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión”.*

El artículo 16º del mismo ordenamiento se refiere a la omisión impropia y de la comisión por omisión en estos términos:

“ARTÍCULO 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). *En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:*

- I. Es garante del bien jurídico;*
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y*
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.*

Es garante del bien jurídico el que:

- a). Aceptó efectivamente su custodia;*
- b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;*
- c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o*
- d). Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo”.*

El legislador del Distrito Federal dice que la omisión impropia o comisión por omisión, se da cuando en los delitos de resultado material, éste sea atribuible a una persona quien pudo impedirlo si es que tenía el deber de evitarlo,

como se desprende de las fracciones anteriores del artículo 16º del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

TIPICIDAD.

*“El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en a ley de una figura delictiva”.*⁴²

El tipo penal es la expresión más sobresaliente del delito, en términos generales es la descripción legal que hace el legislador de una conducta considerada como delictiva, por lo que se prohíbe tal conducta y se le establece una pena.

Suele hablarse de manera sinónima de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica, etc.

Las leyes penales tienen muchos tipos o figuras delictivas abstractas, las cuales cobran vida cuando un sujeto materializa su conducta en los que marca uno o varios tipos penales, es decir, la adecua a ellos.

Del tipo penal que es la descripción legal que hace el legislador, se desprende la tipicidad que es la adecuación de la conducta humana a un tipo penal, mediante la satisfacción de los extremos que marca el legislador.

El artículo 2º del Código Penal para el Distrito Federal se refiere a la tipicidad como un principio de esta manera:

“ARTÍCULO 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o

⁴² AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op. Cit. p. 56.

medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.

La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable”.

Este artículo dispone que no se podrá imponer una pena o medida de seguridad, si no se acreditan los elementos del tipo penal de que se trate, quedando excluida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón en perjuicio de alguien, pero, de favorecerlo, sí se podrá aplicar retroactivamente.

El tipo penal tiene su antecedente inmediato en el llamado *corpus delicti*, concepto creado por Prospero Farinacci, para referirse al conjunto de elementos integrantes del delito, tanto los de carácter objetivo como los de carácter subjetivo. El autor entendía por tipicidad la adecuación o correspondencia entre una conducta y en concreto con el molde típico o figura de delito.

De esta manera, mientras que el tipo penal es una descripción que hace el legislador, a veces en sentido prohibitivo y en otras, en sentido solamente descriptivo, de una conducta que el mismo cuerpo colegiado considera y califica como delictiva, la tipicidad es la adecuación de la conducta de una persona a lo que señala el tipo penal, esto es, es una actualización de la conducta descrita en el tipo (en esencia de carácter prohibitiva) o simplemente diremos, es llevar a cabo lo que no debemos hacer u omitir según el legislador.

En el caso del artículo 120 de la Ley General de Población, materia de este trabajo de tesis profesional, el tipo penal describe una conducta delictiva que consiste en realizar actividades un extranjero para las cuales no cuenta con el permiso de la autoridad migratoria, por lo que resultan ilegales; por ejemplo, el extranjero que entra al país como turista y decide llevar a cabo actividades lucrativas a sabiendas de que carece de la autorización respectiva.

Hay una relación muy importante y estrecha entre el tipo penal y la tipicidad. No podría existir la segunda sin el primero que califique y sancione como delito una conducta. Señala el artículo 16º constitucional que:

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado. 08-III-99/DOF.....”.

El párrafo segundo del artículo 16º constitucional establece el principio jurídico penal de: *nullum poene sine lege*, es decir, no se puede sancionar a nadie por un delito si no existe previamente un tipo penal que califique una conducta y la sancione como tal.

La tipicidad se encuentra sustentada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen en su conjunto una garantía de legalidad. Esos principios son:

- a) *“Nullum crimen sine lege. No hay delito sin ley.*
- b) *Nullum crimen sine tipo. No hay delito sin tipo.*

- c) *Nulla poena sine tipo. No hay pena sin tipo.*
- d) *Nulla poena sine lege. No hay pena sin ley*".⁴³

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ampara y recoge estos principios en sus artículos 14, 16 y 20 constitucionales como sendas garantías de seguridad jurídica.

El tipo penal es una Institución jurídica penal que ha venido evolucionando, al correr del tiempo, sufriendo transformaciones inherentes a cada época. Así, los elementos del tipo penal son un tema que ha sido abordado por muchos autores, puesto que no se ha logrado un consenso general al respecto.

Según Hans Welzel: *"Como elementos del tipo normal distingúense en nuestro Derecho: el sujeto del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones 'el que' o 'al que'; la acción con sus modalidades propias, descrita mediante el empleo de un verbo y en general con las fórmulas haga o deje de hacer esto o aquello; y por último, el sujeto pasivo del delito o sea aquel sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro, un menor de 18 años, etc. En ciertos tipos que no son normales, sino anormales, la acción va seguida de especiales modalidades y el complemento de especiales calificativos 'sin derecho y sin consentimiento', lo que constituye elemento normativo del tipo. A veces el sujeto activo también es calificado: 'un ascendiente contra un descendiente' 'un cónyuge contra otro', 'un dependiente, un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste', etc. otras veces se refiere el tipo a circunstancias de la acción: 'al que públicamente' o 'fuera de riña', lo que introduce en el tipo elementos normativos"*.⁴⁴

Finalmente, cabe decir que los autores se han dado a la tarea de

⁴³ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op. Cit. p. 57.

⁴⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 423.

clasificar los tipos legales existentes de acuerdo a varios criterios:

a) Por la conducta: de acción, de omisión, de omisión simple, de comisión por omisión.

b) Por el daño: de daño o lesión, de peligro (que puede ser peligro efectivo y presunto).

c) Por el resultado: formal, de acción o de mera conducta, material o de resultado.

d) Por la intencionalidad: delitos dolosos, intencionales, culposos, imprudenciales o no intencionales y los preterintencionales o ultraintencionales.

e) Por la estructura: simples o complejos.

f) Por el número de sujetos: unisubjetivos y plurisubjetivos.

g) Por su duración: instantáneo, instantáneo con efectos permanentes, continuado, permanente.

h) Por su procedencia o perseguibilidad: de oficio o de querella necesaria.

i) Por la materia: comunes, federales, militares, políticos, contra el derecho internacional.

j) Por el bien jurídico tutelado: cada delito protege un determinado bien, por ejemplo, en el homicidio, se tutela la vida; en el robo, el patrimonio.

k) Por su ordenación metódica: básico o fundamental, especial, complementado.

l) Por su composición: normal, anormal.

m) Por su autonomía o dependencia: autónomos, dependientes o subordinados.

- n) Por su formulación: casuístico (que puede ser alternativo o acumulativo) y amplio.
- o) Por la descripción de sus elementos: descriptivo, normativo y subjetivo.⁴⁵

ANTI JURICIDAD.

La antijuricidad es lo contrario a derecho. El ámbito penal radica específicamente en contrariar a lo señalado por la ley penal.

Dice Carnelutti que *“Antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuricidad es el sustantivo”*, y agrega que *“Jurídico es lo que está conforme a derecho”*.⁴⁶

Hay dos tipos o clases de antijuricidad: la material, que es propiamente el acto contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica de la colectividad y la formal: que es la violación de una norma emanada del Estado.

Don Luis Jiménez de Asúa señala sobre la utilización de los conceptos *antijuridicidad* y *antijuricidad*, usados de manera sinónima: *“...hemos construido el neologismo antijurídico en forma de sustantivo, diciendo antijuricidad y no antijuridicidad, en virtud de que nos hallamos en presencia de un neologismo; tan nueva y no admitida académicamente es la voz antijuridicidad como la expresión antijuricidad. A favor de ésta última está la economía de letras y la mayor elegancia. Del mismo modo que de amable no formamos amablilidad, sino*

⁴⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op. Cit. pp. 58-64.

⁴⁶ CARNELUTi, Francesco. Teoría General del Delito. Editorial Argos, Cali, s.d., pp. 18 y 19.

*amabilidad, ha de corregirse el feo trabalenguas de antijuridicidad, con la más reducida forma de antijuridicidad”.*⁴⁷

Se desprende entonces que el término correcto sería el de antijuridicidad.

El artículo 4º del Código Penal para el Distrito Federal se refiere a la antijuridicidad:

“ARTÍCULO 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal”.

La antijuridicidad en el delito previsto en el artículo 120 de la ley General de Población tiene lugar cuando el sujeto activo realiza la conducta que le está prohibida por el tipo penal.

IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Conlleva conceptos como la salud mental, la aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, al cometer el delito.

El sujeto, primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no hay culpabilidad si no hay previamente imputabilidad.

La imputabilidad nos lleva a presuponer que el sujeto tiene la

⁴⁷ Citado por REINOSO DÁVILA, Roberto. Op. Cit. P. 75.

capacidad de querer y conocer, una capacidad volitiva e intelectual, de actuar y entender, para que puedan imputársele o atribuírsele moralmente sus actos, por tener conciencia de la bondad o maldad de sus acciones.

Una persona menor de edad no podrá ser imputable de un delito, por lo que este elemento tiene un marco jurídico perfectamente claro.

CULPABILIDAD.

Dice el maestro Fernando Castellanos Tena sobre la culpabilidad: *“La imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en la campo penal.....”*⁴⁸

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. Sergio Vela Treviño señala: *“La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”*.⁴⁹

Hay dos teorías que tratan de explicar la culpabilidad: la teoría psicológica que funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo y la teoría normativa que dice que la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

La culpabilidad tiene dos formas en las que se manifiesta: el dolo y la

⁴⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. P. 233.

⁴⁹ VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito. Editorial Trillas, México, 1985, p. 337.

culpa, según el sujeto dirija su voluntad o no hacia el resultado.

En el dolo, el sujeto, conociendo los resultados de su conducta decide llevarla a cabo, inclusive, planeando la actividad delictiva (*Iter Criminis*), mientras que en la culpa, el sujeto, sin la voluntad de que se produzca el evento y que con ello se causen daños a otros, de manera imprudencial, por negligencia, impericia o por simple falta de previsión.

En las dos formas de culpa, el sujeto activo manifiesta su desprecio por el orden jurídico establecido, aunque con la diferencia específica manifestada. El artículo 5º del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal habla de la culpabilidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5 (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse”.

Hay que recordar que en el Código Penal anterior (de 1931), se hablaba de una tercera forma de culpabilidad: la preterintencionalidad. El artículo 9º, de ese Código, en su párrafo tercero señalaba que:

“Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia”.

En la actualidad, el Código Penal para el Distrito Federal sólo recoge lo dos tipos de culpa: el dolo y la culpa. Sobre el dolo y la culpa, el artículo 3º del Nuevo Código Penal establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 3 (Prohibición de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente”.

El artículo 18º del Nuevo Código penal establece que:

“ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

Por otra parte, la doctrina reconoce diversos tipos de dolo, aunque no hay un consenso sobre esto:

a) Dolo directo, es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay la voluntad en la conducta y se desea el resultado.

b) Dolo indirecto o dolo con consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa con certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

c) Dolo eventual, se da cuando el sujeto se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de ello, no renuncia a la ejecución del hecho,

aceptando sus consecuencias. El sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito.⁵⁰

Sobre la culpa, la doctrina dice que hay dos formas de ésta:

a) Culpa consciente, con previsión o con representación, la que existe cuando el sujeto ha previsto el resultado típico como posible, y no lo desea, pero, además, abriga la esperanza de que no ocurra. Ejemplo, un chofer que tiene que manejar su vehículo y llegar a un lugar determinado a sabiendas de que sus frenos no están bien; no obstante saber que puede atropellar a alguien, decide acelerar el paso, con la esperanza de que nadie se cruce en su camino.

b) La culpa inconsciente, sin previsión o representación, se da cuando no se prevé un resultado previsible. Existe voluntad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para algunos autores, esta forma de culpa se da cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Ejemplo de ello, es el caso de alguien que limpia un arma de fuego, pero que por descuido dispara contra otra u otras personas, actuando de manera torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado. A este tipo de culpa se le suele clasificar en: lata, leve y levísima de acuerdo al criterio civilista sobre la facilidad de la previsión de la conducta.

El artículo 9º del anterior Código Penal para el Distrito Federal expresaba:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las

⁵⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. P. 239.

circunstancias y condiciones personales”.

PUNIBILIDAD.

“La punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viola la norma. La punibilidad es diferente de la punición que es la determinación de la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto”.⁵¹

El término pena, “es también asociado al de la punibilidad. Pena es la restricción de derechos que se impone al autor del delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad”.⁵²

La punibilidad es considerada también como un elemento del delito ya que está en relación estrecha con la imposición de la pena por parte del órgano jurisdiccional, aunque para muchos no sea propiamente un elemento.

2.1.3.2. NEGATIVOS.

Los autores han encontrado que en la comisión de un delito puede presentarse la ausencia de uno o más de ellos, con lo que se anula el acto delictivo mismo. Los elementos negativos son incompatibles con los elementos positivos.

⁵¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Manual de Criminología. Tomo 2. Penología, Facultad de Derecho UNAM, 1979, p. 12.

⁵² AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op. Cit. p. 94.

A continuación, hablaremos de manera concisa de estos elementos.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

El aspecto negativo de la conducta se da cuando ella no se lleva a cabo, esto es, que no se materializa por el sujeto activo, por lo que el delito no existe o en otro caso, no es imputable a las mismas. Roberto Reynoso Dávila señala: *“Los actos no voluntarios, los movimientos reflejos, no son acciones en sentido penal. Los actos que escapan a todo control del querer no pueden atribuirse a la voluntad y por lo tanto, no pueden constituir delito”*.⁵³

El autor se refiere después a las causas que excluyen la acción o la conducta y agrega que: *“No hay acción o conducta cuando se es violentado por una fuerza exterior que no puede resistir, **bis absoluta**, supera la voluntad del sujeto de tal modo que es incapaz de autodeterminarse. Por ejemplo, el agente de la autoridad que es atado para que no persiga al delincuente....”*.

La violencia física debe ser irresistible, que anule la libertad del agente y quien, se convierte en un mero instrumento del delito.

La *vis absoluta* (fuerza física) y la *vis mayor* (fuerza mayor), difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza. Ambas eliminan la conducta humana, por lo que si el sujeto puede controlarlas o retardarlas, ya no funcionan como factores negativos del delito.

Luis Jiménez de Asúa señala: *“.... La fuerza física irresistible constituye un caso de ausencia de acción”*.⁵⁴

⁵³ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Op.Cit. p. 54.

⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. pp. 322 a 325.

*“El caso fortuito es el acontecimiento casual, fuera de lo normal o excepcional y por tanto, imprevisible que el agente no puede evitar. El adjetivo fortuito no hace sino reforzar la significación de indeterminabilidad y accidentalidad de su realización”.*⁵⁵

El autor Roberto Reynoso Dávila expresa que el caso fortuito es un acontecimiento totalmente imprevisto que ocasiona un mal en las personas o en las cosas. Citando a Carrara, señala que es difícil encontrar un supuesto en el que intervenga por lo menos en algo la mano del hombre, y que no haya podido ser evitado empleando una “exquisita diligencia” y después, porque la posibilidad de la previsión siempre puede existir, puesto que cada uno es dueño de representarse los acontecimientos empleando todo lujo de factores negativos.

Antes se solía distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor; pero, en la actualidad, ambos términos se equiparan toda vez que ambos producen las mismas consecuencias.

ATIPICIDAD O FALTA DE TIPO PENAL.

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es *“...la negación del aspecto positivo y que da lugar a la inexistencia del delito”.*⁵⁶

La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, lo cual da lugar a la no existencia del ilícito penal. Puede ser que la falta de adecuación de la conducta del sujeto activo se deba a que falte alguno de los elementos que el tipo específico exige y que puede ser sobre los medios de ejecución, el objeto

⁵⁵ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Op. Cit. p. 56.

⁵⁶ AMUCHATEGUI REQUENE, I. Griselda. Op. Cit. p. 64.

material, las peculiaridades del sujeto activo o el pasivo, etc. Por ejemplo, en el caso del delito de robo, tiene que versar sobre un bien mueble, por lo que si se trata de un bien inmueble no habrá tipicidad, puesto que la ley es clara al señalar que debe ser sobre un bien mueble, además, es de explorada lógica que el robo sólo se puede dar en un bien mueble.

Puede suceder que en la comisión de una conducta presumiblemente delictiva haya ausencia de tipo, es decir, que no exista un tipo penal aplicable al caso concreto en la ley penal, por lo que no podrá existir el delito.

Dice el maestro Fernando Castellanos que: *“Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa”*.⁵⁷

La ausencia de tipo se da cuando el legislador, de manera deliberada o inadvertidamente, no considera, ni describe una conducta como delito de acuerdo con el sentir general de la sociedad, lo que significa que algunas entidades de la Federación sigan contemplando ciertos delitos, mientras que otras ya no.

El artículo 29º del Código Penal para el Distrito Federal se refiere a las causas de exclusión del delito, y en su fracción II señala a la atipicidad de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). *El delito se excluye cuando:*

I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. (Atipicidad). *Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;*

⁵⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. P. 175.

III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un bien jurídico disponible;

b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no

ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;

VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.

XI. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse

podido conducir conforme a derecho.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código”.

El maestro Fernando Castellanos Tena señala que las principales causas de atipicidad son las siguientes:

*“a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en el Ley; e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) por no darse, en su caso la antijuridicidad especial”.*⁵⁸

ANTI JURICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

El aspecto negativo de la antijuricidad lo constituyen las causas de justificación, es decir, las razones o circunstancias que el legislador considera para anular la antijuricidad de la conducta típica realizada, a considerarla lícita, jurídica o justificada.

En el Código Penal anterior para el Distrito Federal se hablaba anteriormente de las causas de justificación como elementos negativos de la antijuricidad. Estos elementos o presupuestos tenían la virtud de borrar la antijuricidad o delictuosidad. Volvía las conductas típicas en no antijurídicas. Esto es, que las causas de justificación excluían la antijuricidad del acto o conducta.

⁵⁸ Idem.

Dentro de ellas, los autores destacaban la legítima defensa, el consentimiento de la víctima u ofendido, el estado de necesidad, el cumplimiento de un derecho o deber jurídico, la obediencia jerárquica, etc.

En el Código Penal anterior se hablaba de las siguientes causas de justificación:

- a) La legítima defensa;
- b) El estado de necesidad;
- c) El ejercicio de un derecho;
- d) El cumplimiento de un deber, y
- e) El consentimiento del titular del bien jurídico.

No obstante, el Código Penal simplifica los elementos negativos de la antijuricidad al manifestar en el artículo 29^o que las causas de exclusión del delito son:

- a) *Ausencia de conducta.*
- b) *Atipicidad.*
- c) *Consentimiento del titular, siempre que se den estos requisitos: que se trate de un bien jurídico disponible; que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.*
- d) *Legítima defensa.*
- e) *Estado de necesidad.*
- f) *Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.*

g) *Inimputabilidad y acción libre en su causa.*

h) *Error de tipo y error de prohibición.*

i) *Inexigibilidad de otra conducta.*

El artículo 29º, en su parte final, señala que las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier parte del proceso.

En el caso de que medie una o más causas de exclusión del delito de las arriba citadas, se actualizarán los elementos negativos de la antijuricidad, por tanto, no habrá delito.

INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal. De manera concreta se puede decir que *“...son causas de inimputabilidad las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad”*.⁵⁹

El autor español Miguel Polaina Navarrete dice que: *“El Derecho no dirige reproche alguno contra el inimputable toda vez que éste no puede, a causa de su incapacidad jurídico-penal, realizar injusto alguno, y su actuar no es, consecuentemente, objeto de desvalor jurídico”*.⁶⁰

⁵⁹ AMUCHATEGUI REQUENE, I. Griselda. Op. Cit. p. 82.

⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Los Elementos Subjetivos del Injusto en el Código Penal Español. Universidad de Sevilla, 1972, pp. 45 y 46.

El autor Roberto Reynoso Dávila dice que las causas de inimputabilidad son:

a) Por exigencias de madurez fisiológica y espiritual, casos de minoridad;

b) Por avanzada edad en la que se disminuyen las facultades fisiológica e intelectual;

c) Por la incompleta formación de la personalidad intelectual, como sucede con el sordomudo, y

d) Por falta de normalidad psíquica representada en la enfermedad mental y en situaciones de trastornos psíquicos en cierta intensidad.

Para algunos autores, *“la embriaguez, el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo son aspectos negativos de la conducta por estar la conciencia suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias”*.⁶¹

INCULPABILIDAD.

Don Luis Jiménez de Asúa dice que: *“la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche”*.⁶²

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: el conocimiento y la voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los elementos del delito, o la inimputabilidad del sujeto, ya que debemos recordar que el delito encierra a todos y cada uno de los elementos que estamos comentando.

⁶¹ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Op. Cit. p. 177.

⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. P. 480.

Los seguidores de la teoría del norvativismo aceptan al error y la no exigibilidad de otra conducta. El autor Castellanos Tena acepta sólo al error esencial de hecho (que ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (que afecta el elemento volitivo).

*“El error es un falso conocimiento de la realidad; es un conocimiento equivocado. Hablar de esta institución nos llevaría uno o varios apartados, por lo que para fines de la presente investigación sólo diremos que tanto el error como la ignorancia pueden representar causas de inculpabilidad, si producen en la persona un desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta”.*⁶³

El error puede ser: *error de hecho* y *error de derecho*. El error de hecho se clasifica en *esencial* y *accidental*; el accidental abarca tanto la *aberratio ictus*, la *aberratio in persona* y la *aberratio delicti*.

Por otro lado, la doctrina habla de los eximentes putativos como son: la legítima defensa putativa, el estado de necesidad putativo, la no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado, el encubrimiento de parientes y allegados y el estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Son el aspecto contrario de la punibilidad. En la presencia de ellas, no es posible aplicar una pena al sujeto activo del delito. Dice el autor Fernando Castellanos Tena: *“... aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo a una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los*

⁶³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. P. 259.

*elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables: sólo se excluye la posibilidad de punición”.*⁶⁴

Dentro de las excusas absolutorias están las siguientes:

Las excusas absolutorias son:

- a) Excusa en razón de mínima temibilidad.*
- b) Excusa en razón de materialidad consciente.*
- c) Otras excusas por inexigibilidad.*
- d) Excusa por graves consecuencias sufridas.*

2.1.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS:

Hay distintas clasificaciones de los delitos. Los autores se han dado a la tarea de clasificar los delitos con fines preponderantemente didácticos, lo que no significa que su tarea sea fácil, por el contrario, resulta una actividad complicada y que lleva mucho tiempo.

2.1.4.1. DOCTRINAL.

Dentro de los variados autores penalistas quienes se ocupan de clasificar a los delitos está Francisco Torrejón quien dice:

- A) Delitos contra las personas (homicidio y lesiones).*
- B) Delitos contra la honestidad y el honor.*

⁶⁴ Ibid. P. 279.

- C) *Delitos contra la libertad (amenazas, etc.).*
- D) *Delitos contra la propiedad (robo).*
- E) *Delitos contra el Estado y la comunidad (delitos contra la seguridad pública, el orden público, contra la seguridad de la nación, contra los poderes públicos y el orden constitucional, la administración pública, contra la fe pública, etc.*
- F) *Delitos contra el estado civil.*
- G) *Según su requisito de procedencia: denuncia o querrela.*⁶⁵

Hay también delitos de comisión o acción, en los que se prohíbe llevar a cabo una determinada conducta como es el privar de la vida a alguien, robar, defraudar, etc. etc. Los delitos de omisión, en los que la ley ordena una conducta determinada y el agente no la realiza, como sucede en los delitos de abandono de personas.

Por el resultado que producen, los delitos pueden ser formales y materiales. A los primeros se les denomina también de simple actividad o de acción y a los segundos delitos de resultado.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal con el actuar o movimiento corporal del agente y no es necesario que se produzca un resultado externo. En los delitos materiales, para su integración, se requiere la producción de un resultado objetivo o material, como en el homicidio, el robo y otros más.

De conformidad al daño ocasionado a la víctima o, al bien jurídico tutelado, los delitos pueden ser de lesión y de peligro. Los primeros causan daños directos y efectivos en los intereses jurídicamente protegidos por la norma violada. Los segundos, no causan daño a los intereses, pero sí los ponen en peligro, como

⁶⁵ TORREJÓN, Francisco. Derecho Penal, tomo I.. Editorial Desalma, 2ª edición, Buenos Aires, 2001, p. 45.

el abandono de personas o la omisión de auxilio.

En cuanto a su duración, los delitos pueden ser instantáneos, continuo o continuados. El Código Penal para el Distrito Federal establece:

“ARTÍCULO 17 (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;

II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y

III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal”.

De acuerdo a la culpabilidad, los delitos pueden ser dolosos y culposos. La preterintencionalidad ya no existe más en el Código Penal para el Distrito Federal.

De acuerdo a su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos. Son simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. Son complejos aquellos en los cuales el tipo consta de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad como el robo en casa habitación.

De acuerdo al número de actos integrantes de la acción típica, los delitos pueden ser unisubsistentes y plurisubsistentes. Los primeros se forman por un solo acto, mientras que los segundos constan de varios actos.

De acuerdo al número de sujetos que participan, pueden ser unisubjetivos y plurisubjetivos. Los primeros son aquellos en los que sólo participa una persona, mientras que en los segundos participan varias personas.

De acuerdo a la materia, los delitos pueden ser federales, comunes, militares y políticos (los cuales siguen siendo materia de polémicas doctrinales, ya que para muchos, no existen los delitos políticos).

2.2. LOS DELITOS FEDERALES:

Hay delitos del fuero común los cuales se persiguen y sancionan sólo cuando son cometidos en una demarcación establecida, por ejemplo en el Distrito Federal, el Estado de México, etc., pero hay otros que son cometidos en cualquier parte y son calificados de federales ya que interesan y afectan a toda la Federación.

2.2.1. CONCEPTO.

El autor César Augusto Osorio y Nieto advierte sobre este tipo de delitos que son de competencia federal, fundamentalmente: *“Existen diversas leyes y códigos federales que regulan materias específicas, como la fiscal, bancaria, armas de fuego y explosivos, monumentos y zonas arqueológicas, artísticos e históricos, población, etc., que tipifican y establecen las penas correspondientes; los citados cuerpos normativos también forman parte de la legislación penal mexicana y son de aplicación federal”*.⁶⁴

⁶⁴ OSORIO Y NIETO, César Augusto. Delitos Federales. Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 2001, p. 17.

El mismo autor agrega después en su obra que:

“Dentro del rubro general de delito podemos señalar que los delitos (aparte de múltiples clasificaciones legales y/o doctrinas) pueden ser:

- a) Federales.*
- b) Comunes”.*

Los artículos 2º a 5º del Código Penal Federal y 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación nos dice cuáles son los delitos federales:

“Artículo 2.-Se aplicará, asimismo:

I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tenga efectos en el territorio de la República; y

II. Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron”.

“Artículo 3.-Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes.

La misma regla se aplicará en el caso de delitos continuados”.

“Artículo 4.-Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

- I. Que el acusado se encuentre en la República;*
- II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió; y*

III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República”.

“Artículo 5.-Se considerarán como ejecutados en territorio de la República:

I. Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales;

II. Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto;

III. Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido, no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad;

IV. Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores; y

V. Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas”.

“Artículo 50.-Los jueces federales penales conocerán:

I. De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales. En el caso del Código Penal Federal, tendrán ese carácter los delitos a que se refieren los incisos b) a l) de esta fracción;

b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal;

c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;

- d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;
 - e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;
 - f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
 - g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
 - h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;
 - i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;
 - j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;
 - k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal;
 - l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal, y
 - m) Los previstos en los artículos 366, fracción III; 366 ter y 366 quáter del Código Penal Federal, cuando el delito sea con el propósito de trasladar o entregar al menor fuera del territorio nacional.
- II. De los procedimientos de extradición, salvo lo que se disponga en los tratados internacionales.
- III.- De las autorizaciones para intervenir cualquier comunicación privada”.

De la lectura de los artículos anteriores obtenemos que los delitos federales son aquellos que afectan los intereses fundamentales de la Federación, estructura, funcionamiento y patrimonio.

Podemos invocar las siguientes tesis jurisprudenciales sobre el particular:

LEYES PENALES.

Deben aplicarse con toda exactitud, sin que valga el argumento de igualdad, analogía o mayoría de razón, por oponerse a ello lo dispuesto por el artículo 14 constitucional.

P.

TOMO VII, Pág. 1248. González Bueno Francisco.- 16 de octubre de 1920.- Nueve votos.

Instancia: Pleno. **Fuente:** *Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo VII. Pág. 1248. Tesis Aislada.*

LEYES PENALES, INTERPRETACION DE LAS.

La ley penal es de estricta aplicación, pero cuando adolece de algunas fallas, debe interpretarse en la forma más favorable para el reo.

1a.

TOMO LXXV, Pág. 382.- Amparo en Revisión 3044/42, Sec. 2a.- González Pedro L.- 7 de enero de 1943.- Unanimidad de 5 votos.

Instancia: Primera Sala. **Fuente:** *Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo LXXV. Pág. 382. Tesis Aislada.*

2.2.2. LOS DELITOS FEDERALES ESPECIALES.

Los delitos especiales se ubican, como su nombre lo indica, en diversas leyes, diferentes al Código Penal Federal y al de las entidades federativas. Así, podemos encontrar delitos especiales en leyes tales como el Código Fiscal de la Federación, la ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, la Ley Federal de Radio y Televisión, la Ley General de Salud, la Ley General de Población, la ley de Vías Generales de Comunicación, la ley Federal para Prevenir y Eliminar la Tortura, la Ley de Amparo, la Ley Federal del Derecho de Autor, entre otros.

Se trata de tipos penales que se encuentran ubicados en esas leyes y sin embargo, no pierden su característica de ser supuestos o hipótesis jurídicas que prohíben una conducta u omisión de manera penal, por lo que ante su incumplimiento habrá una pena privativa de libertad.

2.2.3. IMPORTANCIA.

Los delitos llamados “especiales”, constituyen tipos cuyo objetivo es prohibir, sancionar y prevenir determinadas conductas que salen del alcance del Código Penal Federal y de los de cada una de las entidades federativas, puesto que sería imposible que dicho código pudiera regular cada una de las situaciones que son materia de otras leyes.

No obstante lo anterior, podemos observar que los delitos especiales se encuentran ubicados en la mayoría de las leyes federales, lo que significa que el campo de acción del Derecho Penal es muy amplio. Los delitos especiales tienen como objetivo el salvaguardar los bienes jurídicos que importan a la

Federación, por ello han sido establecidos en esos ordenamientos jurídicos particulares.

2.2.4. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Son varios los bienes jurídicos tutelados en los delitos federales especiales, por ejemplo, en los delitos ambientales es la protección y salvaguarda del medio ambiente; en los delitos de portación, uso y tráfico de armas de fuego, la seguridad pública; en los delitos migratorios es el control migratorio, entre otros más.

2.3. LOS DELITOS EN MATERIA MIGRATORIA:

La Ley General de Población fue publicada en fecha 7 de enero de 1974 en el Diario Oficial de la Federación. Consta de 157 artículos principales y de 10 artículos transitorios. Fue modificada y adicionada en el año de 1992.

El objetivo de esta Ley es regular las estructuras demográficas y los movimientos migratorios en el país. Sabemos bien que la población es un elemento indispensable para la existencia y justificación del Estado moderno. La población no sólo es el conjunto de individuos, sino también de costumbres, usos, tradiciones, etc., como manifestación cultural, como interés prioritario.

La Ley General de Población tutela los aspectos demográficos, es decir, la explosión o crecimiento de la población en el país y por otra parte, los movimientos de migración extranjera a México, a través de una serie de limitaciones y condiciones de entrada y estancia en la República, prohibiendo y

sancionando algunas conductas u omisiones como delitos. El autor César Augusto Osorio y Nieto dice que los delitos en materia demográfica y migratoria son: *“...los actos u omisiones previstos en la Ley General de Población y que afectan la estructura y condiciones demográficas del país y los movimientos migratorios que ocurren en el mismo”*.⁶⁵

La Ley General de Población contiene algunos tipos penales en sus artículos 118, internación de un extranjero al territorio nacional después de haber sido expulsado, sin haber obtenido el acuerdo de readmisión correspondiente; el artículo 119, cuando un extranjero que haya legalmente obtenido autorización para internarse en el país, por incumplimiento o violación a las normas administrativas o legales a que se condicionó su estancia, se encuentre ilegalmente en la Nación; el artículo 120, realización de actividades para las cuales no esté autorizado o no cuente con el permiso correspondiente; la realización de actividades deshonestas o ilícitas, por las que el extranjero viola su estancia condicionada; 122, cuando un extranjero hace uso o gala de poseer una calidad migratoria distinta de la que la Secretaría de Gobernación le ha conferido; 123, la internación ilegal de un extranjero en el país y, 124, proporcionar datos falsos sobre la situación migratoria por parte del extranjero a la Secretaría de Gobernación. Estos ilícitos tienen como finalidad que los extranjeros cumplan cabalmente con las limitaciones y restricciones que tienen por ese carácter, salvaguardando la política demográfica en el país.

2.3.1. CONCEPTO.

Los llamados delitos migratorios son aquellos tipos penales especiales cuya finalidad es la de regular y sancionar aquellas conductas

⁶⁵ Ibid. p. 122.

desplegadas exclusivamente por extranjeros avecindados en nuestro país por alguna causa: turismo, estudios, trabajo, etc., y que constituyen actos que atentan contra la seguridad nacional, por ejemplo, el ingresar ilegalmente al país, el realizar actividades profesionales o políticas sin tener el permiso correspondiente. Esta clase de delitos que de hecho han pasado casi desapercibidos por la problemática que entrañan están consignados en la Ley General de Población.

2.3.2. SU UBICACIÓN LEGAL.

Los delitos migratorios se ubican en la Ley General de Población, por ser tipos penales especiales y más exactamente en su Capítulo VIII relativo a las sanciones en que pueden incurrir los extranjeros que se encuentran en territorio mexicano. De hecho son pocos los tipos penales contenidos en la Ley y que contienen una pena privativa de libertad, la cual, en su caso, es mínima, por lo que el extranjero puede tener acceso al beneficio de la libertad bajo caución o fianza.

2.3.3. SU OBJETO.

El objetivo de los distintos tipos penales que establece la Ley General de Población es regular, controlar y sancionar a extranjeros que atenten o que representen un peligro al movimiento migratorio, puesto que se trata de un asunto de seguridad nacional que tiene que ver con el factor poblacional, por eso, la Ley trata de evitar que los extranjeros se dediquen a actividades distintas de las que les están permitidas.

2.3.4. SU BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado en los distintos delitos migratorios es el control y registro de los mismos movimientos, a través de distintas penas que si bien, no son graves, sí tienden a reprimir y en su caso, sancionar a todo extranjero que realice actividades distintas a las que su calidad y característica migratoria le permite por Ley en franco perjuicio de la población mexicana y del Estado, sin embargo, ya veremos en el capítulo siguiente que estos delitos son en la práctica, un bello texto legal que resulta casi obsoleto en la realidad, por lo que la autoridad migratoria prefiere la expulsión o deportación del extranjero antes que iniciar la indagatoria correspondiente ante la procuraduría General de la República.

CAPÍTULO 3.

EL DELITO DE ACTIVIDADES ILEGALES REALIZADAS POR EXTRANJEROS RADICADOS EN MÉXICO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN VIGENTE

3.1. EL CAPÍTULO VIII DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN EN MATERIA DE SANCIONES.

Como toda Ley administrativa, la Ley General de Población contiene también dentro de su estructura un apartado destinado a las sanciones. Este ordenamiento que regula los movimientos migratorios señala sanciones administrativas y otras más de índole estrictamente penal que en teoría, deberían ser aplicadas a los extranjeros que acrediten los extremos establecidos en los distintos tipos penales contenidos en la Ley.

Si atendemos al viejo y clásico artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal que hoy permanece como correlativo del Código Penal Federal, el delito es “la acción u omisión que sancionan las leyes penales”. Con “leyes penales”, el legislador se quiso referir a las distintas leyes de índole diverso que también contienen o establecen tipos penales, independientes del Código sustantivo penal, por ejemplo, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el Código Fiscal de la Federación o la misma Ley General de Población que tiene insertos en su Capítulo VIII varios tipos penales, es decir, delitos que pueden ser cometidos por extranjeros radicados en el territorio nacional. Se trata a todas luces de delitos especiales, por no estar contemplados en el Código Penal Federal, sino en otras leyes como la de Población, por lo que son del fuero federal y su conocimiento en materia de la averiguación previa le corresponde a la Procuraduría General de la República.

Uno de los tipos penales que contiene la Ley General de Población, está inserto en el artículo 120, en materia de realización de actividades ilegales por parte de extranjeros radicados en el territorio nacional. En los siguientes puntos hablaremos sobre este tipo penal.

3.2. EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN:

El artículo 120 de la Ley General de Población versa sobre la realización de actividades ilegales por parte de extranjeros quienes se encuentran en el territorio nacional mexicano. Su texto completo es el siguiente:

“Artículo 120.- Se impondrá multa hasta de tres mil pesos y pena hasta de dieciocho meses de prisión, al extranjero que realice actividades para las cuales no esté autorizado conforme a esta Ley o al permiso de internación que la Secretaría de Gobernación le haya otorgado”.

3.2.1. DESCRIPCIÓN DEL TIPO PENAL ESPECIAL.

Hemos manifestado anteriormente que el tipo penal es la descripción que el legislador hace de una conducta u omisión que considera como delictiva por causar un daño a un bien jurídico tutelado. En el caso del artículo 120 de la Ley General de Población, primeramente tenemos que decir que se trata efectivamente de un delito, ya que contiene varios elementos, un bien jurídico tutelado, está dirigido a determinados sujetos (extranjeros) y está dotado de una pena privativa de libertad. El tipo penal consiste en que un extranjero realice actividades para las cuales no esté autorizado por la Secretaría de Gobernación, por la misma Ley General de Población o de acuerdo al permiso de internación que la misma dependencia haya otorgado al extranjero.

Todo extranjero que pretenda entrar e internarse al territorio nacional debe hacerlo a través de un permiso que otorgue la Secretaría de Gobernación. Así, el extranjero puede internarse bajo dos calidades migratorias determinadas que son como también ya lo señalamos: No Inmigrante o Inmigrante. El No Inmigrante es el extranjero que se interna al país de manera temporal y bajo alguna de las características definidas por el artículo 42, principalmente la de turista, visitante, ministro de culto religioso o estudiante que son las principales. El Inmigrante es el extranjero que se interna al país con el propósito de radicarse en él bajo alguna de las características que dispone el artículo 48. La diferencia entre ambas calidades es la temporalidad que existe, ya que mientras que en el No Inmigrante la internación es reducida, por ejemplo, el turista, quien puede permanecer en el país por 30 o 60 días, aunque se puede prorrogar, en los Inmigrantes su estancia es más larga o inclusive se establece en el país con el propósito de obtener la calidad de Inmigrado. Dentro de estas calidades están las características de rentista, inversionista, profesional, cargo de confianza, técnico, familiares, artistas, deportistas o asimilados.

Cada calidad y característica migratoria tiene una serie de limitaciones que el extranjero está obligado a acatar en todo momento, por ejemplo, el turista no debe realizar actividades de lucro como negocios, o trabajar en algún sector de la sociedad y percibir un salario y otras prestaciones, ya que ello les está vedado por la Ley General de Población:

“I.- TURISTA.- Con fines de recreo o salud, para actividades artísticas, culturales o deportivas, no remuneradas ni lucrativas, con temporalidad máxima de seis meses improrrogables”.

El artículo 43 de la Ley General de Población señala:

“Artículo 43.- *La admisión al país de un extranjero lo obliga a cumplir estrictamente con las condiciones que se le fijan en el permiso de internación y las disposiciones que establecen las leyes respectivas”.*

Al entrar el extranjero al país con una u otra calidad y característica migratoria es sabedor de lo que puede hacer y lo que le está prohibido como es la realización de actividades lucrativas en la generalidad de los casos o inclusive, intervenir en los asuntos políticos del país. Tales actividades se convierten automáticamente en “ilegales” o prohibidas para el extranjero. El artículo 60 de la Ley General de Población dispone que:

“Artículo 60.- *Para que un extranjero pueda ejercer otras actividades, además de aquellas que le hayan sido expresamente autorizadas, requiere permiso de la Secretaría de Gobernación”.*

De esta manera, el extranjero sabe perfectamente qué tipo de cosas o actividades puede llevar a cabo y cuáles más no puede hacer y en todo caso, que sí las realiza sin tener el permiso de la Secretaría de Gobernación, incurrirá en teoría al menos, en un delito, contemplado por el artículo 120 de la Ley General de Población. Así, el extranjero que habiendo entrado al país como turista se encuentre trabajando estará cometiendo un delito. El que se dedique a actividades políticas, independientemente de su calidad y característica migratoria, estará cometiendo un delito.

En este sentido, el tipo penal contenido en el artículo 120 de la Ley General de Población es muy claro al sancionar con una pena menor al extranjero que realice actividades que no le estén permitidas por la autoridad migratoria o por la Ley.

3.2.2. ELEMENTOS PARTICULARES DEL TIPO PENAL.

El tipo penal contenido en el artículo 120 de la Ley General de Población tiene los siguientes elementos constitutivos:

- a) Un extranjero,
- b) Que realice actividades,
- c) Para las cuales no esté autorizado por la Ley o el permiso de la Secretaría de Gobernación.

El primer elemento es que se trata de una persona extranjera, esto es, que no tiene un vínculo jurídico y político con el Estado mexicano, no es nacional, por lo tanto, llega a territorio mexicano para un fin específico. El extranjero está conceptuado por el artículo 33 del Pacto Federal, es la persona que no posee las calidades del artículo 30 que se refiere a los nacionales, entonces, por exclusión, es un extranjero quien no es nacional mexicano.

El segundo elemento es que ese extranjero o extranjera realice ciertas actividades. Ya hemos manifestado que el extranjero, al internarse en el país lo puede hacer bajo dos calidades, No Inmigrante e Inmigrante y con la característica específica. Este estatus jurídico le otorga derechos pero también ciertas obligaciones como son la abstención de intervenir en asuntos políticos, la realización de actividades diferentes a las que le están permitidas por la autoridad migratoria, entre otras. Dice la autora Laura Ruíz García que: *“La conducta típica consiste en realizar actividades para las cuales no esté autorizado conforme a esta ley o al permiso de internación. El tipo se integra de un elemento normativo consistente en realizar actividades para las cuales no esté autorizado conforme a la ley o al permiso de internación...”*⁶⁶

⁶⁶ RUÍZ GARCÍA, Laura. El Derecho Migratorio en México. Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 2005, p. 229.

Esta conducta delictiva presupone la existencia de una calidad y característica migratoria con la que el extranjero se encontraba en el país, en el entendido de que su estatus sólo le permite realizar ciertas actividades, mientras que otras no, como es el caso de las comerciales, de negocios o realizar un trabajo u oficio si se trata de un turista.

La forma comitiva es una conducta, un hacer o realizar actividades que no le están permitidas.

El resultado se consuma en el preciso momento en que el sujeto activo realiza la actividad o actividades no autorizadas, esto es, se trata de un resultado instantáneo y material.

El nexo causal, es el resultado de la conducta efectuada por el activo y los elementos descritos en el artículo 120 de la Ley General de Población.

El tercer elemento es que esas actividades resultan contrarias a lo que la Ley y la autoridad migratoria le autorizan al extranjero, por ejemplo y es lo más común, que el extranjero que se interne al país como turista o persona dependiente de mexicano, quienes no pueden realizar trabajos, negocios u otra actividad lucrativa lo hagan, contraviniendo lo dispuesto por la Ley. De esta suerte, si el extranjero lleva a cabo estas actividades contrarias a su estatus jurídico, estará cometiendo un delito, ya que no cuenta con el permiso para ello.

Un caso de excepción es cuando la autoridad migratoria otorga un cambio de característica al extranjero, previo trámite y sustanciación del procedimiento respectivo, al extranjero para que pueda realizar otro tipo de actividades, en cuyo caso el extranjero estará habilitado para tales actos, pero, resulta difícil sobretodo si tomamos en cuenta que hay nacionalidades restringidas como la colombiana, las asiáticas a excepción de la japonesa, las africanas o

árabes en las que se tiene especial cuidado de que no se queden en el país estas personas ya que se les considera como non gratas en la mayoría de los casos.

3.2.3. OBJETIVO DEL TIPO PENAL.

Todo tipo penal persigue una finalidad específica. Es creado para un objetivo por el legislador. En el caso de los delitos en materia migratoria podemos hablar de dos objetivos, uno general y otro particular. El objetivo general es el mismo que los demás tipos penales de la Ley, el control de los movimientos migratorios al país, esto es, que se tenga un manejo adecuado de las entradas de personas provenientes del exterior quienes deciden llegar al país para una finalidad. Por otro lado, el objetivo particular del artículo 120 de la Ley General de Población es evitar que los extranjeros radicados en el país realicen alguna actividad que les esté vedada por la Ley o por el Instituto Nacional de Migración por contar con una calidad y característica migratoria que lo prohíba tajantemente, lo cual viene a reforzar lo establecido en la misma ley al decir que los extranjeros no podrán llevar a cabo actividades diferentes a su estatus jurídico, por que con ello se estaría afectando al país al crearse un clima de impunidad e ilegalidad y con ello, se desplazaría a los nacionales.

De esta forma, el artículo 120 de la Ley General de Población constituye un freno a la actividad ilegal de extranjeros, quienes saben que de llevar a cabo actividades contrarias a su estatus jurídico incurrir en un delito. Automáticamente un extranjero que realiza actividades ilegales o contrarias a su estatus jurídico se convierte en una persona non grata, siendo susceptible de ser expulsada. Citamos aquí algunas tesis jurisprudenciales al respecto:

EXTRANJEROS PERNICIOSOS.

El Presidente de la República tiene la facultad de hacer abandonar el Territorio Nacional, sin necesidad de juicio previo, al extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, y la ejecución de tal orden no es violatoria de garantías.

P. 98

TOMO XV, Pág. 1268.- Guadarrama David G.- 9 de diciembre de 1924.- 11 votos.

Instancia: Pleno. **Fuente:** *Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo XV. Pág. 1268. Tesis Aislada.*

EXTRANJEROS PERNICIOSOS.

Contra su expulsión, decretada por el Ejecutivo, apoyándose en el artículo 33 constitucional, no debe concederse la suspensión, porque con ello se perjudicaría muy gravemente a la sociedad, pues que no se daría cumplimiento a una disposición que es de interés público.

P. 97

TOMO XV, Pág. 890.- González Vicente.- 7 de octubre de 1924. votos.

Instancia: Pleno. **Fuente:** *Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo XV. Pág. 890. Tesis Aislada.*

EXTRANJEROS PERNICIOSOS.

Conforme al artículo 33 constitucional, el Presidente de la República tiene la facultad exclusiva de hacer abandonar el país inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzga inconveniente; y contra el ejercicio de esa facultad, es improcedente conceder la

suspensión, porque se trata del cumplimiento de un precepto constitucional, del que puede hacer uso discrecionalmente el Ejecutivo; siendo la dotación en tal caso, sólo una medida complementar las órdenes dadas en virtud de esa facultad.

P. 88

TOMO XVI, Pág. 59.- Chong Bing J. Domingo.- 12 de enero de 1925.- 9 votos.

Instancia: Pleno. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo XVI. Pág. 59. **Tesis Aislada.**

EXTRANJEROS, EXPULSION DE, DEL PAIS.

Si se reclama en Amparo la expulsión del País, de un Extranjero, por Orden del Ejecutivo Federal, y el Quejoso no rinde ninguna prueba para demostrar la Inconstitucionalidad del acto reclamado, debe negarse el Amparo.

2a.

García Santillán Bernardo. Pág. Núm. 308. Tomo LV. 14 de enero de 1938.

Instancia: Segunda Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo LV. Pág. 308. **Tesis Aislada.**

EXTRANJEROS, EXPULSION DE.

Comprobado que un Extranjero se estaba dedicando a Actividades de Distinta Naturaleza de aquellas para las cuales se les permitió la entrada temporal al País, la multa y la Orden de Expulsión dictadas en contra de aquel, por la Secretaría de Gobernación, no son Violatorias de Garantías.

2a.

Lembarguer Abraham. Pág. 2929. Tomo LVII. 21 de septiembre de 1936. Unanimidad de 4 Votos.

Instancia: Segunda Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo LVII. Pág. 2929. **Tesis Aislada.**

EXTRANJEROS PERNICIOSOS.

Cuando la orden de expulsarlos del país, obedece a la comprobación de hechos que no pueden estimarse ilícitos, no debe concederse la suspensión contra dicha orden, porque con ella se perjudican los intereses de la sociedad.

P.

TOMO XV, Pág. 25.- Bergerón Mario.- 2 de julio de 1924.- (10 v).

Instancia: Pleno. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo XV. Pág. 25. **Tesis Aislada.**

3.2.4. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.

En el delito especial contenido en el artículo 120 de la Ley General de Población encontramos la presencia de dos sujetos perfectamente identificables, por una parte está el sujeto activo, es decir, el que realiza la conducta u omisión calificada como delito por el legislador. El sujeto activo es el autor material o intelectual del delito. En el caso del tipo penal en comento se trata de un extranjero, por lo que se requiere de una calidad especial, ser extranjero,

quien a sabiendas de que no debe realizar actividades diferentes a su calidad y característica migratoria por estarles negadas, lo hace, contraviniendo la Ley.

Por otro lado, se debe hablar de un sujeto pasivo, es decir, el que resiente el daño por la conducta desplegada por la parte activa. En el delito contenido en el artículo 120 de la Ley General de Población, el sujeto pasivo es la Federación, la cual se ve afectada cuando un extranjero viola lo dispuesto por la Ley General de Población y realiza actividades que le están prohibidas.

Aparentemente este tipo de contravenciones a la Ley no tendrían mayor complicación o trascendencia si no fuera porque con ellas, se causa un detrimento económico al país por los ingresos que el extranjero no declara, los impuestos que deja de pagar y el desplazamiento que se hace de los nacionales quienes podrían cubrir el puesto o cargo que desempeña el extranjero de manera ilegal. Además, hay que tener en cuenta que el extranjero procederá a enviar los recursos o ganancias obtenidas al exterior, lo que también será un detrimento para el país, puesto que si se tratara de un nacional, los recursos o remuneraciones que obtenga quedarán en el país.

3.2.5. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL.

El tipo penal inserto en el artículo 120 de la Ley General de Población tiene las siguientes características de acuerdo a la dogmática penal:

Es un delito de acción, ya que se integra con el accionar del sujeto, cuando realiza actividades que legalmente le están prohibidas por la Ley.

Es un delito de daño a la Federación, la cual se ve trastocada cuando un extranjero realiza actividades consideradas como ilegales, ya que no

cuenta con el permiso por parte del Instituto Nacional de Migración para llevar a cabo actos diferentes a los originales. Con el despliegue de esta conducta, la Federación se ve dañada en su aspecto hacendario y poblacional ya que se desplazan a nacionales.

Es un delito doloso, ya que el sujeto planea y lleva a cabo la conducta con plena conciencia de la transgresión a la Ley, por ende, no admite la culpa.

El bien jurídico tutelado es el control y registro de los movimientos migratorios.

La referencia del lugar: México.

Culpabilidad: es un delito doloso eminentemente. No sería entendible ni creíble que un extranjero aduciera la ignorancia de la Ley mexicana para justificar su incumplimiento al realizar otras actividades, contrarias a las que legalmente se les ha facultado.

No puede darse la tentativa en cuanto a intentar realizar actividades diferentes a las legalmente permitidas y no obtener el resultado, ya que se trata de un tipo penal que se consuma en el momento en que el extranjero realiza tales actividades como son trabajar, tener un negocio o dedicarse a alguna actividad comercial.

Es un delito que se persigue por querrela de la Secretaría de Gobernación, a través del Instituto Nacional de Migración.

Resultado: La falta de control y registro de movimientos migratorios.

El núcleo del tipo es: Realizar actividades diferentes a las que la Ley le faculta al extranjero, sin contar con el permiso por parte de la autoridad migratoria.

3.2.6. LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ILEGALES POR PARTE DE EXTRANJEROS RADICADOS EN EL TERRITORIO NACIONAL EN LA ACTUALIDAD.

Anteriormente hemos venido manifestando que los extranjeros que se internan en el territorio nacional saben que debido a su calidad y característica migratoria están limitados para realizar ciertas actividades, fundamentalmente las de tipo político, reservadas sólo para los nacionales y desarrollar cualquier trabajo, oficio o ejercer una profesión en México. Tampoco pueden dedicarse a actividades comerciales y en general a todas aquellas que sean lucrativas, en los casos en que el estatus jurídico del extranjero lo impide, por ejemplo, a los turistas, los dependientes de nacional mexicano que ingresan como visitantes, entre otros. Si el extranjero contraviene lo anterior sabe perfectamente que habrá sanciones, incluso de tipo penal, ya que estará cometiendo un delito, contenido en el artículo 120 de la Ley General de Población.

Cuando un extranjero ingresa al territorio nacional y dependiendo de su estatus jurídico, se le informa de las actividades que puede realizar y las que está impedido por la Ley. Es desde la aeronave que el extranjero tiene este tipo de información, por lo que no puede argumentar que desconocía sus limitaciones legales, además, la ignorancia de la Ley no exime de su cumplimiento, como se aprecia en el artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 21.- La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos

individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público”.

En la práctica diaria sucede que muchos de los extranjeros que ingresan y se internan al territorio nacional, por ejemplo, como turistas o visitantes, dependientes económicos de mexicanos, quienes no pueden realizar actividades lucrativas, sea un negocio, comercio o desempeñar un trabajo, oficio o profesión, violando este impedimento, deciden quedarse más tiempo del concedido por el Instituto Nacional de Migración, sin regularizar su situación y así, realizan cualquier cantidad de actividades lucrativas en las que pueden obtener ganancias hasta millonarias. Tal es el caso de las supuestas bailarinas del table dance, las cuales entran al territorio como simples turistas e inclusive, argumentando en ocasiones ser novias de un mexicano para no tener problemas y una vez que ya se encuentran en el territorio nacional, realizan su “trabajo”, en los distintos giros negros en los que sus ganancias ascienden hasta cincuenta mil pesos o más al mes, sin pagar impuestos de ningún tipo, pero, por otra parte, estas mujeres están casi secuestradas, ya que no pueden salir de los lugares o departamentos de quienes las enganchan les brindan, amenazándolas que si no obedecen, las denunciarán ante el Instituto Nacional de Migración para que sean deportadas. Este tipo de mujeres no gozan de seguridad social mínima, pero, insistimos que sus ganancias son excelentes. Este es uno de los casos más palpables que se puede encontrar en lugares como la Zona Rosa o en los municipios de Nezahualcoyotl o Ecatepec, en el Estado de México.

Otros casos son los extranjeros que aún siendo simples turistas, deciden desempeñar un oficio o profesión honesta, aunque sí violatoria de su

estatus jurídico, por ejemplo, en colonias como la Roma, la Condesa y Polanco es posible encontrar a muchos de ellos, de distintas nacionalidades realizando actividades distintas que van desde labores de cocina, dependiente de restaurante, mesero hasta otras que resultan increíbles, como acontece con los coreanos, chinos, rusos o de otras nacionalidades quienes están involucrados en las bandas delictivas que operan en el Distrito Federal en materia de secuestro, narcotráfico, robo de autos y otras actividades que también les dejan ganancias millonarias. Estos extranjeros operan en la clandestinidad, ya que su situación migratoria es totalmente ilegal, pues carecen de regularización, inclusive, hay quienes ya poseen una credencial de elector como mexicano adquirida ilegalmente.

Así, podemos encontrar extranjeros en cualquier parte del país y especialmente en el Distrito Federal realizando cualquier tipo de actividades, tanto legales como ilegales, violando lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley General de Población.

Dentro de este rubro, hay que decir con toda justicia que los extranjeros ilegales sufren cualquier cantidad de abusos por parte de quienes los emplean o traen al país. Citamos a continuación una nota encontrada en la web:

“Las acusaciones de abusos, torturas, violaciones y hasta de asesinatos contra inmigrantes sin papeles en México se han multiplicado de forma notable en los últimos tiempos. Una situación que parece habilitar un profundo debate sobre desde qué posición el gobierno mexicano exige a Estados Unidos un trato igualitario con los emigrantes cuando dentro de su propio territorio llueven las denuncias acerca de violaciones a los derechos humanos de los extranjeros que viven ilegalmente en el país.”

Los medios periodísticos locales gastan a diario chorros de tinta describiendo las actitudes presuntamente xenófobas y discriminatorias con las que las autoridades norteamericanas castigan a los indocumentados pero poco o nada dicen respecto a lo que ocurre dentro de los límites de su propia frontera. Sólo las redes que integran a diversas organizaciones defensoras de los derechos humanos han advertido claramente la situación a partir de las miles de quejas de abusos a emigrantes por parte del poder político mexicano.

Existen reportes de emigrantes asaltados, golpeados por autoridades y siendo sus cuerpos lanzados junto a las vías del ferrocarril para aparentar que se cayeron del tren", afirma Edgar Cortés, portavoz de la organización 'Todos los derechos para todos'. El dirigente suele citar como ejemplo el caso de dos centroamericanos que fueron asesinados por agentes de seguridad privada en un centro comercial cuando ingresaban a un local para pedir alimentos.

Las cifras oficiales señalan que el flujo de inmigrantes indocumentados en México se ha incrementado un 70 por ciento en los últimos años . Cada seis meses el gobierno local ofrece la legalización a quienes han estado en el país por más de dos años, pero a condición de que tengan un trabajo o propuesta de empleo o algún enlace con un ciudadano mexicano. Sin embargo, la mayoría de los recién llegados son capturados y deportados inmediatamente sin apelación posible.

Diversos relevamientos realizados por las autoridades aseguran que, en el mismo período, más de 240.000 emigrantes han sido detenidos y repatriados a sus respectivos países en cumplimiento de las leyes migratorias locales.

Los que logran sortear con éxito la deportación tampoco tienen el futuro resuelto. Muchos indocumentados terminan siendo víctimas de la extorsión de las propias autoridades. Al respecto, un informe reciente reveló que al menos 185 agentes del área de migración mexicana fueron relevados de sus deberes en los últimos cuatro años por haber intentado sobornar a los emigrantes.

Las grandes limitaciones que México impone a los que no han nacido en su territorio no terminan ahí. Desde el año 2003 la administración de Vicente Fox, quien por estas horas visita Estados Unidos para tratar de 'ablandar' la posición de la Casa Blanca contra los indocumentados mexicanos que viven en suelo norteamericano, ha estimulado a las ciudades del interior del país a que no contraten a personas de origen extranjero para cumplir funciones de policía, bombero o juez.

Además, y a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, los inmigrantes tienen totalmente prohibido el acceso a cualquier tipo de cargo público, incluso si son ciudadanos naturalizados legalmente. Más allá de no poder ocupar la primera magistratura nacional, tampoco pueden ser miembros de las cámaras del congreso, las legislaturas regionales, ni integrar los tribunales del poder judicial.

Expresamente la letra constitucional establece que esos puestos junto al resto de los trabajos federales, municipales y cualquier posición dentro de las fuerzas armadas están reservados para aquellos ciudadanos nacidos dentro de los límites del país. En Estados Unidos, sólo los cargos de presidente y vicepresidente están reservados en exclusiva a los nacidos dentro del territorio de la nación.

La fortaleza de las restricciones implementadas por el gobierno mexicano ha llevado a algunos analistas a ironizar sobre la

conveniencia de que la Casa Blanca aplique esas mismas medidas con los más de 11 millones de indocumentados que viven dentro del territorio norteamericano.

"La constitución mexicana es una guía útil si Estados Unidos busca modelos legales para fundamentar nuevas leyes con el fin de restringir la inmigración", recomendó el especialista Michael Waller, del centro de políticas de seguridad de Washington.

Pero más allá de las discusiones sobre los alcances de las normas en cada uno de los países, también han surgido en los últimos tiempos acusaciones mutuas respecto de la firmeza de los controles puestos en marcha en la frontera entre ambos territorios. En ese sentido, un documento interno de la Border Patrol, la patrulla de frontera estadounidense, ha advertido que un porcentaje ínfimo de los inmigrantes detenidos tratando de ingresar ilegalmente al país en las cercanías de San Diego son procesados según las leyes vigentes, una situación que -según el informe- "desmoraliza" la tarea de los agentes que tienen a su cargo la vigilancia de la zona fronteriza".⁶⁷

Lo anterior es muy cierto, ya que muchos extranjeros que radican en el país, aunque de forma ilegal, sufren gran cantidad de atropellos por su estatus jurídico y su necesidad de sobrevivir a toda costa, lo que nos debe hacer pensar si lo que exigimos de los Estados Unidos hacia nuestros compatriotas es lo que damos a los extranjeros avecindados en el país.

El tema de los extranjeros ilegales en México y que, la mayoría de ellos realizan actividades lucrativas, contrarias a su estatus personal, debe llamar

⁶⁷ www.nuevodigital.com/2006 en 12 de octubre del 2006 a las 19:34 horas.

más la atención al nuevo Gobierno Federal para efecto de que se tomen medidas legales y jurídicas que puedan remediar este mal que, de no controlarse a tiempo, causará grandes dolores de cabeza al México de mañana.

Constantemente el Instituto Nacional de Migración lleva a cabo redadas u operativos para detectar a extranjeros ilegales y lo más sorprendente es que hay de todas nacionalidades, incluso de los Estados Unidos. Citamos a continuación esta noticia que aparece en un sitio en la web:

MEXICO, 21 jun (Xinhua) -- Las autoridades migratorias detuvieron a 617 indocumentados de enero a mayo en el estado mexicano de Baja California, fronterizo con Estados Unidos.

El delegado estatal del Instituto Nacional de Migración (INM), Francisco Reynoso Nuño, informó hoy que en marzo se registró el mayor número de detenciones de extranjeros ilegales, al sumar 378. De esa cifra, la mayoría fue de nacionalidad estadounidense con 203. Los países que durante ese periodo registraron el menor número de personas ilegales en México fueron Irak y Brasil, que contabilizaron una persona cada uno.

En 2005, en el periodo del 1 al 31 de marzo, las autoridades migratorias aseguraron a 671 personas indocumentadas, mientras en 2004 fueron 575 los extranjeros que permanecían ilegalmente en territorio mexicano. Agentes del INM también aseguraron a dos bailarinas "exóticas", quienes no pudieron acreditar su permanencia legal en México y además desarrollaban actividades no autorizadas, indicó Reynoso Nuño. De enero a la fecha han sido aseguradas 120 personas centroamericanas en la ciudad de Tijuana, norte de México.⁶⁸

⁶⁸ www.spanish.xinhuanet.com del día 14 de octubre del 2006 a las 12:34.

Es motivo de preocupación esta situación de ilegalidad que priva en el país en materia de extranjeros quienes se encuentran en situación ilegal en México, realizando todo tipo de actividades y desplazando a los nacionales, lo que nos debe llamar la atención, puesto que se trata de un problema que de no resolverlo a tiempo, será materia de serias dificultades para el Gobierno Federal, muy similar al que atraviesan los Estados Unidos.

3.2.7. LA CORRUPCIÓN IMPERANTE EN MATERIA MIGRATORIA EN MÉXICO.

La situación imperante en materia de extranjeros ilegales que realizan en el país actividades que les están prohibidas, en mucho tiene que ver con la corrupción que existe en nuestro territorio y a todos los niveles, ya que el extranjero aprende rápidamente que con dinero puede permanecer en el país o en caso de que sea expulsado o deportado, reinternarse en él pagando cantidades que van de los mil a los tres o cuatro mil dólares.

Los extranjeros que se encuentran realizando alguna actividad lucrativa dentro de las bandas o mafias, incluyendo los giros negros, cuentan con la protección de personas integrantes de los cuerpos policíacos federales y locales, los cuales les venden protección mensual a cambio de cantidades que resultan altas y que garantizan que el extranjero podrá seguir realizando sus actividades sin que sea molestado. En este sentido, hay muchas personas del Instituto Nacional de Migración o que estuvieron ahí y que cuentan con las relaciones necesarias para vender este tipo de protección al estilo de la mafia de los veintes en los Estados Unidos. El extranjero que realiza actividades ilegales y que de hecho está ilegal ya en el país no tiene más que preocuparse por pagar mensualmente su cuota para seguir su vida normal en el país.

En este clima de amplia corrupción es entendible que haya muchos extranjeros quienes logren amasar fortunas millonarias, lo que va en perjuicio del país y afecta también a los mexicanos y sus familias los cuales se ven desplazados por el extranjero y en muchas de las veces, son discriminados por motivos de raza, color o ideología.

Con motivo de esta investigación pudimos comprobar que existen grandes mafias las cuales operan desde el interior del propio Instituto Nacional de Migración y que venden cualquier tipo de protección, por ejemplo, para las bailarinas del table dance, les cobran mil dólares mensuales para que no sean deportadas y en caso de algún operativo, les avisan anticipadamente para que abandonen el lugar.

Otro tipo de corrupción es la que se da en materia de los trámites que tienen que hacer algunos extranjeros los cuales sí se preocupan por regularizar su situación. Cualquier problema que tenga el extranjero de que se trate tiene una solución a cambio de una jugosa gratificación que se comparte con los funcionarios del Instituto.

3.2.8. LA FALTA DE APLICACIÓN DEL TIPO PENAL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN EN LA PRÁCTICA.

Con motivo de la realización de esta investigación, nos hemos percatado que, cuando se detiene a un extranjero por realizar actividades contrarias a su estatus jurídico, lo que hace el Instituto Nacional de Migración es remitirlo a la Estación Migratoria correspondiente, la de Iztapalapa por ejemplo, para efecto de realizar la investigación que corresponda y proceder a la

deportación de la persona, lo cual ocurre en varios días, mientras que se le da un trato casi de delincuente.

Es el caso que, por tratarse de un delito no grave, se persigue por querrela del ofendido que en este caso es la Federación la cual está representada por el Instituto Nacional de Migración y misma que debería presentar su querrela ante la Procuraduría General de la República para que se inicie la averiguación previa correspondiente y en su caso se ejercite la acción penal procesal. Es conveniente recordar un poco sobre la averiguación previa.

La averiguación previa es la primera etapa dentro del procedimiento penal. Ha sido objeto de muchas opiniones por parte de los autores. Entre otros muchos conceptos de esta etapa tenemos.

Guillermo Colín Sánchez señala que: *“La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en la que el estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad”*.⁶⁹

En efecto, a esta etapa se le denomina como el periodo de preparación de la acción penal, ya que al final de la misma etapa, el Ministerio Público está en posibilidad de ejercitar o no la citada acción penal.

Carlos Barragán Salvatierra dice: “...durante la averiguación previa, el Ministerio Público debe realizar todas y cada una de las diligencias para acreditar, en su caso, el ahora nuevamente denominado cuerpo del delito y la

⁶⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, 18ª edición, México, 2001, p. 311.

probable o presunta responsabilidad del indiciado para ejercitar la acción penal o procesal penal, o bien, de no reunir los elementos del cuerpo del delito, resolver el no ejercicio de la acción penal”.⁷⁰

Jorge Alberto Silva Silva señala: *“Una vez que se presenta la condición de procedibilidad, estamos en aptitud de iniciar los primeros actos procedimentales. Éstos entran en lo que el código federal denomina ‘averiguación previa’”*.⁶⁰ Después, el autor manifiesta: *“La averiguación previa se inicia con una resolución de apertura de la misma, también conocida como auto de ad inquirendum (providencia por la cual se ordenan averiguaciones), y supone que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente”*.

Para tener una idea más concreta de lo que encierra esta etapa, debemos decir que es una etapa, inicial en la que el Ministerio Público, que es su titular, realiza un conjunto de actividades encaminadas a llegar a la verdad histórica de los hechos que se presumen como delictivos. La averiguación previa inicia una vez que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente: denuncia o querrela (aunque hay otras formas). Dice el autor Carlos Barragán Salvatierra que: *“Desde el momento en que el Ministerio Público tiene por conocimiento de un hecho delictuoso, ya sea por denuncia o querrela, independientemente de que las leyes adjetivas señalan que al tratarse de delitos que se persigan de oficio, el Ministerio Público de oficio debe iniciar la averiguación previa, necesita formalizarla con un requisito de procedibilidad que es la denuncia la que puede efectuar cualquier persona, sea o no la víctima u ofendido, también debe preparar lo que se llama preparación del ejercicio de la acción penal”*.⁷¹

⁷⁰ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Derecho Procesal Penal. Editorial McGraw Hill, México, 1999, p. 285.

⁶⁰ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México, 1990, p. 249.

⁷¹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. Cit. P. 285.

De conformidad con el artículo 16º constitucional, la averiguación previa tiene dos extremos que el Ministerio Público debe investigar y en su caso acreditar. Por un lado, el cuerpo del delito, constituido por los elementos normativos, materiales, subjetivos, etc. que rodean al delito de que se trate y por otra parte, la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que la conducta delictiva sea imputable a una persona o varias. El texto constitucional literalmente señala lo siguiente:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

De este párrafo del artículo 16º constitucional se desprende de manera extensiva a la averiguación previa que el representante social debe avocarse a la investigación de los hechos que se presumen como delitos y como consecuencia desprender la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. El cuerpo del delito es un elemento que, en el gobierno del Presidente Zedillo, se decidió incorporar nuevamente en lugar de los elementos del tipo penal como una forma de que el Ministerio Público tuviera mayor amplitud en las averiguaciones previas. Existen verdaderas teorías y opiniones complejas sobre el cuerpo del delito, por lo cual nos llevaría dos o más investigaciones aparte el tocar a fondo este tema, por lo que aquí solamente agregaremos que el *corpus delicti* o cuerpo del delito como elemento engloba distintos elementos como el normativo (elementos del tipo penal), el subjetivo, el material, el temporal, etc. La nueva inserción o más correctamente, reinscripción constitucional del cuerpo del delito le da más facilidades y amplitud al Ministerio Público para que pueda integrar adecuadamente la averiguación previa. La probable responsabilidad del indiciado se refiere a que pueda el Ministerio Público

relacionar los hechos delictivos con una o varias personas, es decir, debe haber un nexo causal entre los hechos delictivos y una o varias personas, las cuales se ubican probablemente en circunstancias de modo, tiempo y de lugar, restándole al órgano jurisdiccional el comprobar o no su participación en el o los delitos.

En esencia, el Ministerio Público al tener conocimiento de la posible comisión de un ilícito, mediante la satisfacción de lo que se llama *requisito de procedibilidad: denuncia o querrela*, debe avocarse a la investigación de los mismos hechos. En esta ardua tarea constitucional no se encuentra solo, sino que cuenta con una policía que lo auxilia, llamada equívocamente *policía judicial* en la mayoría de las entidades de la Federación, aunque en materia federal ya no existe más la Policía Judicial Federal, sino que ahora se llama “Agencia Federal de Investigaciones”, similar al F.B.I. (Federal Bureau of Investigation de los Estados Unidos de América) y también se auxilia el Ministerio Público por los servicios periciales y por personal que depende directamente de él: el oficial secretario, de gran ayuda para el representante social.

La finalidad esencial de la averiguación previa es que el Ministerio Público llegue a la verdad histórica de los hechos, para poder ejercitar o no la acción penal que corresponda. Sin embargo, se ha considerado que el Ministerio Público es un órgano inquisitorio que en el desarrollo de la averiguación previa se ocupa de encontrar los elementos para acusar al presunto responsable y consignarlo, lo que es inexacto, al menos desde el punto de vista teórico y legal ya que el Ministerio Público es un órgano dependiente del Estado que debe actuar siempre de buena fe y sólo hasta que ha podido establecer el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado ejercerá la acción penal ante el juez competente y en el proceso, se constituye en parte legítima que acusa al indiciado o procesado.

El Ministerio Público es el titular único de la averiguación previa, lo que significa que a él le compete su total integración y en su caso, el ejercicio de la acción penal, lo cual se desprende del artículo 21º constitucional en su primer párrafo.

Dijimos que el Instituto nacional de Migración debe presentar la querrela respectiva en materia del delito contenido en el artículo 120 de la Ley General de Población. Sobre la querrela podemos decir lo siguiente.

Son considerados como presupuestos indispensables en la averiguación previa, es decir, son llaves que abren la actividad investigadora del Ministerio Público. Dice el autor Colín Sánchez que: *“El agente del Ministerio Público, puede tomar conocimiento de un hecho delictuoso: en forma directa e inmediata, por conducto de los particulares; por algún agente de la policía o por quienes están encargados de un servicio público; por el juez en ejercicio de sus funciones, cuando de lo actuado se advierta su probable comisión en la secuela procesal (civil o penal); y, por acusación o querrela”*.

*Sergio García Ramírez señala que los requisitos de procedibilidad son: “las condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal”.*⁷²

La doctrina procesalista ha elaborado una clasificación y diferenciación de los requisitos de procedibilidad. Así, por ejemplo, el autor Jorge Alberto Silva Silva destaca como tales requisitos a los siguientes: *flagrancia, descubrimiento, delación, denuncia, autoacusación, excitativa, querrela y denuncia e instancia*.

De los anteriores requisitos que cita el autor, podemos establecer que los más importantes dentro de nuestro Derecho vigente son: la denuncia y la

⁷² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, 8ª edición, México, 1999, p. 336.

querella. El maestro Colín Sánchez señala sobre la denuncia: “La palabra denuncia o el verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos”. Sobre la querella dice el maestro: *“La querella es le derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente”*.⁷³

La diferencia que existe entre la denuncia y la querella es que la primera es una narración de hechos que se consideran como presumiblemente delictivos por cualquier persona y que se persiguen de oficio. Es un deber de toda persona el poner en conocimiento de la autoridad la comisión de los delitos que se persiguen de oficio. Colín Sánchez dice que: *“la denuncia puede presentarla cualquier persona, en cumplimiento de un deber impuesto por la ley. Denunciar los delitos, es de interés general, porque al quebrantarse lo dispuesto en algún ordenamiento jurídico se provoca un sentimiento de repulsión hacia el infractor; a todos importa que, previa la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento, en su caso, se determine la sanción y ésta se cumpla”*. Contrariamente, la querella es una relación de hechos o la acción de poner en conocimiento del Ministerio Público los hechos que le causan perjuicio a una persona en su integridad física, sus bienes, papeles o posesiones, siendo la única diferencia que en la querella, es el afectado por el delito mismo quien pone en conocimiento de la autoridad los hechos presumiblemente delictivos, por lo que

⁷³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit. PP. 315 y 321.

recibe el nombre de ofendido por el delito, teniendo las garantías que expresa el artículo 20º constitucional en su recién incorporado apartado “B”.

Es la ley penal sustantiva y adjetiva de cada entidad la que señala que delitos se persiguen a petición de parte ofendida y cuáles son de oficio.

Es a partir de la satisfacción de los requisitos de procedibilidad que la averiguación puede iniciar, pues de lo contrario, es decir, si se trata, por ejemplo, de un delito que se persigue a petición de parte ofendida, aún tratándose de flagrancia, si no hay la querrela del ofendido, el Ministerio Público no podrá iniciar la indagatoria correspondiente y deberá dejar en libertad al presunto responsable, aunque exista flagrancia. Por esta razón decimos justificadamente que los requisitos de procedibilidad son condiciones **sine qua non** o imprescindibles para que pueda tener verificativo la averiguación previa.

Apunta el maestro Colín Sánchez: *“El agente investigador del Ministerio Público, enterado de la conducta o hecho considerado como delito, habrá de obtener los elementos necesarios que le permitan concluir sobre la existencia del injusto punible y también quien es su probable autor”*.⁷⁴

Durante la etapa de la averiguación previa, el agente del Ministerio Público realiza funciones investigatorias, ayudado en esa importante función por la policía que está bajo su mando inmediato, así como de los servicios periciales y fundamentalmente auxiliado en todo momento por los oficiales secretarios, sin los cuales sería casi imposible que la representación social cumpliera cabalmente con sus atribuciones.

⁷⁴ Ibid. P. 337.

La Constitución Política habla en su artículo 16° de la necesidad de que el Ministerio Público acredite dos elementos en la averiguación previa: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, es decir, cuando el representante social comprueba que una persona ha cometido un ilícito, (el cuerpo del delito de que se trate) y que es presuntamente su autor material y/o intelectual (la probable responsabilidad de la misma), en cuyos casos debe proceder a ejercitar la citada acción penal, consignando la averiguación ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

Para poder ejercitar la acción penal, es necesario que el Ministerio Público acredite la existencia de las siguientes condiciones:

I. La realización de una conducta, que en el catálogo de derecho penal se considere un delito.

II. Que el Ministerio Público haya tenido conocimiento del probable hecho delictuoso ya sea por denuncia o querrela.

III. Que conforme a la Constitución, la acusación, denuncia o querrela de un hecho determinado como delito, sancionada cuando menos con pena privativa de libertad y que existan elementos que acrediten el cuerpo del delito.

IV. Que de la investigación practicada por el Ministerio Público resulte un probable responsable, persona física y claramente identificada .

Tenemos que en este caso, el Ministerio Público consignador, propondrá el ejercicio de la acción penal a las unidades de consignaciones cuando una vez realizadas todas las diligencias pertinentes se integran el cuerpo del delito y se pueda determinar la probable responsabilidad.

Sobre esto, el artículo 122º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala sobre el ejercicio de la acción penal:

“El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

Los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o nominativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito”.

El sustento del ejercicio de la acción penal son el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, requisitos “sine qua non”, que establece el artículo 16º constitucional, y que el Ministerio Público debe comprobar para estar en condiciones de ejercitar la acción penal. Ahora bien, para esta tarea, el Ministerio Público (y el juez) cuenta con amplia acción para emplear los medios de prueba que considere procedentes para llegar a la verdad jurídica, de acuerdo con el artículo 124 del citado Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal:

“Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculcado, en su caso, el Ministerio Público y el Juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen

conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que los medios no estén reprobados por esta”.

El artículo 122º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y su correlativo 168º del Código Federal de Procedimientos Penales señala:

“El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no existe acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley”.

De la lectura del precepto federal se desprende que se le concede al Ministerio Público y al juez amplitud para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado. Recordemos que precisamente la reforma al artículo 16º constitucional en materia de incorporar nuevamente el cuerpo del delito fue la necesidad de que el Ministerio Público tuviera más oportunidad de integrar las indagatorias mediante diversos tipos de prueba, siempre que estos fuesen legales.

El cuerpo del delito es un elemento compuesto por varios contenidos: elementos normativos o del tipo penal; elementos materiales; elementos personales, etc. y mucho ha ayudado para que el agente del Ministerio Público pueda integrar más adecuadamente la indagatoria, contando con las mayores facilidades legales para ello.

En cuanto a la probable responsabilidad del indiciado, segundo presupuesto legal que establece la Constitución Política para que de integrarse, el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal, podemos decir lo siguiente.

Comúnmente se habla de probable o presunta responsabilidad, siendo sinónimos ambos vocablos.

Habrá una presunta responsabilidad cuando existan elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto ilícito, por lo cual debe ser sometido a un procedimiento penal.

Se presenta la probable responsabilidad cuando el inculpado en el momento de cometer el hecho delictivo no se encuentra amparado por alguna causa de exclusión del delito y es perfectamente imputable, es decir, que jurídicamente es responsable de sus actos, pues tiene el querer y entender necesario.

Si bien es cierto, es el juez quien determina la probable responsabilidad de una persona, también el Ministerio Público puede resolver si procede la consignación ante los tribunales o la libertad del sujeto. Aun con la integración del cuerpo del delito, si no está demostrada la presunta responsabilidad de una persona, no se puede cumplir con el ejercicio de la acción penal.

El juez debe también establecer si existe en el proceso la probable responsabilidad o no para decretar la orden de aprehensión y en su caso, dictar el auto de formal prisión.

Tanto el juez como el Ministerio Público deben hacer un análisis lógico y razonado de todos y cada uno de los hechos consignados en los autos. Deben valorarse los elementos de cargo y demás indicios que sean importantes.

Regresando al artículo 120 de la Ley General de Población, tenemos que todo lo anterior en pocas veces se cumple, ya que por tratarse de un delito no grave, en el cual el presunto tiene derecho a su libertad bajo fianza o caución, la política del Instituto Nacional de Migración es no presentar la querrela respectiva ante la Procuraduría General de la República por el delito contenido en el artículo 120 de la Ley en comento, salvo que haya otra indicación de los altos mandos de la dependencia, por lo que se procede en su lugar a hacer la detención del extranjero, se le canaliza a la Estación Migratoria para que sea deportado una vez que se realice la investigación, lo que se traduce en una situación de impunidad debido a la inaplicabilidad del precepto en cuestión.

Es obvio que la autoridad migratoria prefiere detener al extranjero ilegal y proceder a la investigación tendiente a su deportación que proceder vía penal como debería, ya que se trata de un delito no grave y que representa un círculo vicioso y más erogaciones para la Federación puesto que después de que se resuelva la situación penal del extranjero por la presunta comisión del delito, sea condenado o absuelto por el juez de la causa, tendrá el instituto nacional de Migración que intervenir para analizar la situación migratoria del extranjero y en su casos, deportarlo. Esto significa que se regresa al mismo punto, por ello, la autoridad migratoria decide no presentar la querrela respectiva y sólo avocarse a

la investigación de los hechos y a la deportación en su caso del extranjero. Señala el artículo 143 de la Ley General de Población que:

“Artículo 143.- El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público Federal, en los casos de delito a que esta Ley se refiere, estará sujeto a la querrela que en cada caso formule la Secretaría de Gobernación”.

Es más que obvio que el artículo 120 de la Ley General de Población no se aplica en la práctica diaria, por lo que debemos ponderar la posibilidad de que se derogue de la Ley en cita, ya que toda norma que ha perdido su positividad es una norma que ya no está a la par de las necesidades de la sociedad.

3.2.9. PROPUESTAS LEGALES, POLÍTICAS Y SOCIALES DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA.

De acuerdo con las consideraciones que hemos realizado en este trabajo de investigación, nos resta hacer algunas propuestas que sean viables, adecuadas y que realmente coadyuven a resolver el problema planteado de la constante violación de la Ley General de Población en su artículo 120 en materia de realización de actividades por parte de extranjeros sin autorización.

a) La autoridad migratoria mexicana ha considerado a lo largo de los años que la realización de actividades por parte de extranjeros, sin autorización de la Ley y del propio Instituto Nacional de Migración, es un asunto de orden administrativo-migratorio y no penal, por lo que su criterio en caso de asegurar a un extranjero por este tipo de actividades, es investigar y en su caso, deportar al mismo del país, no procediendo penalmente contra él, lo que viene a constituir una despenalización práctica de la conducta, por tanto, el tipo penal contenido en el

artículo 120 de la Ley General de Población, ya no resulta aplicable, por ser obsoleto.

b) Consideramos por tanto, que sería adecuado que el legislador medite sobre la pertinencia de su derogación, ya que una norma que no esté a la par de .las necesidades sociales por haber perdido su positividad es una norma inservible y que sólo está ocupando un lugar en la Ley, resultando necesario realizar una estadística que nos indique cuales son los casos en los que se ha aplicado el artículo 120 de la Ley General de Población y en cuales se dejo de aplicar..

c) De esta manera, la realización de actividades ilegales por parte de extranjeros en México, pasaría a ser una cuestión administrativa-migratoria cuya sanción será en el peor de los casos, la deportación del país y el impedimento para que el mismo reingrese en el tiempo que el Instituto Nacional de Migración establezca, al derogarse esta conducta como delito.

e) Como consecuencia de lo anterior sería indispensable un control eficiente del trabajo de los funcionarios que, en su momento, se encargaran de la tramitación y control de asuntos relacionados con la internación al país de extranjeros y la regularización de su estancia en México.

f) En consecuencia, es menester que el nuevo Gobierno Federal redimensione la política migratoria interna a efecto de atacar, sancionar y desterrar las corruptelas que existen en el Instituto y exista un mayor control migratorio de los extranjeros que ingresen al país, sobre sus actividades y su estatus jurídico a través de órganos de control confiables

g) Sería adecuado y oportuno que el Instituto Nacional de Migración estableciera un sistema valiéndose de todos los recursos técnicos y humanos para inhibir paulatinamente la realización de actividades que perjudiquen al país en diversos rubros.

CONCLUSIONES:

Primera.- Desde los tiempos más remotos, el ser humano ha tenido la curiosidad y necesidad de abandonar su hogar en busca de otras alternativas y mejores satisfactores a sus necesidades, originándose un fenómeno migratorio que en la actualidad ha tomado niveles exagerados.

Segunda.- En la mayoría de las legislaciones de los pueblos antiguos encontramos que los extranjeros eran materia de regulaciones especiales, en las que se les reconocían algunos derechos, aunque no se los llegó a equiparar a los nacionales.

Tercera.- Eventos internacionales como la Revolución Francesa y su famosa Declaración sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945, son instrumentos que suavizaron en mucho, las políticas migratorias de los países, reconociendo a los extranjeros un importante cúmulo de derechos en cualquier parte del mundo en que se encontraran.

Cuarta.- Nuestra legislación recibe también la influencia humanizadora en favor de las personas y en lo particular, de los extranjeros, por lo que nuestro país adopta desde sus primeros días de vida independiente, una postura equiparadora de aquellos con los nacionales, con algunas restricciones jurídicas.

Quinta.- Al cúmulo de derechos y obligaciones que se les reconocen, otorgan e imponen a los extranjeros en el mundo y en general a su estatus se le conoce como Derecho Internacional Privado esta rama del derecho contiene un rubro específico que estudia *“la condición jurídica de los extranjeros”*, el cual a su vez contempla las restricciones a la condición jurídica de los extranjeros se encuentran

en la Constitución Política de los Estados Unidos, la Ley de Nacionalidad y la Ley General de Población.

Sexta.- México, establece un control migratorio a través de medidas jurídicas y políticas que pretende lograr un equilibrio entre nacionales y extranjeros y la asimilación entre ambos.

Séptima.- Cabe decir que en México, a raíz de fenómenos como la globalización y los tratados de libre comercio con otros Estados, la migración al territorio se ha visto acentuada notablemente. Diariamente llegan más extranjeros al país con el ánimo de establecerse y encontrar un mejor nivel de vida, con lo que también se complican los problemas existentes en ciudades como el Distrito Federal.

Octava.- La Ley General de Población establece en su apartado de sanciones, varios delitos en materia de internación de extranjeros al territorio nacional. Se trata de tipos penales especiales que sancionan diversas conductas, lo que viene a constituir un medio del que se vale el Estado Mexicano para controlar las actividades de los extranjeros en su territorio.

Novena.- El artículo 120 contiene el delito de realización de actividades por parte de extranjeros, sin autorización del Instituto Nacional de Migración y de la Ley General de Población, así como su reglamento, ordenamientos que no se violarían si los extranjeros en lugar de manejarse a través de corruptelas obtuvieran después de los trámites correspondientes el permiso necesario para realizar sus actividades.

Décima.- El numeral 120 de la Ley General de Población viene a constituir un verdadero tipo penal ya que contiene un sujeto activo uno pasivo, un bien tutelado y una pena

Décima primera.- El delito en comento es doloso y de comisión ya que el extranjero al internarse al país sabe que no debe realizar actividades que no le estén permitidas de acuerdo con su estatus y al consumarse el delito lleva a cabo un actuar doloso ya que esta conciente de que no debe hacer la conducta

Décima segunda.- Este delito, al igual que los demás que contiene la Ley General de Población, se enfrentan a una problemática de orden práctico, ya que el Instituto Nacional de Migración, en lugar de presentar la querrela respectiva ante la Procuraduría General de la República, resuelve deportar al extranjero que ha realizado actividades que no le están permitidas, como sucede en la característica de turista, con lo que el delito queda impune y el extranjero busca la forma de reingresar ilegalmente vía terrestre al país en pocos días.

Décima tercera.- En tal virtud, consideramos que sería oportuno que el delito contenido en el artículo 120 de la Ley General de Población se derogue, ya que se trata de una norma vigente pero que, ha perdido su positividad, convirtiéndose en un asunto administrativo, desprovisto de su esencia penal, por lo que ya no encontramos útil que siga ocupando un lugar al igual que otros delitos del mismo ordenamiento legal federal.

Décima cuarta.- Es importante que el Instituto Nacional de Migración redimensione la política migratoria y lleve un control más efectivo de los extranjeros que ingresan al país y de su paradero para saber qué están haciendo en el territorio nacional, protegiendo el interés nacional y que se desplacen ilegalmente a los nacionales.

BIBLIOGRAFÍA.

AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Derecho Penal. Editorial Oxford, 2ª edición, México, 1998.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrúa, 12ª edición, México, 2001.

_____ Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica. Editorial Porrúa, México, 1999.

BAENA PAZ, Guillermina. Metodología de la Investigación. Publicaciones Cultural, México, 2002.

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Derecho Procesal Penal. Editorial McGraw Hill, México, 1999.

CARNELUTI, Francesco. Teoría General del Delito. Editorial Argos, Cali, s.d.,

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, 43ª edición, México, 2000.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, 18ª edición, México, 2001.

CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1988.

FIORETTI, Julio y Zerboglio Andrés. Sobre la Legítima Defensa. Editorial Reus, Madrid, Argentina, 1926.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, 8ª edición, México, 1999.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa, 12ª edición, México, 1996.

FRIEDMAN, Wolfgang. La Nueva Estructura del Derecho Internacional. Editorial Trillas S.A. México, 1967.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Hermes, Buenos Aires, Argentina, 1954.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

MANZINI, Vicenzo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1994.

ORUÉ, Ramón de y Arregui. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Reus, Madrid, España, 1952.

OSORIO Y NIETO, César Augusto. Delitos Federales. Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 2001.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado. Editorial Harla, 5ª edición, México, 1995.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Los Elementos Subjetivos del Injusto en el Código Penal Español. Universidad de Sevilla, España 1972.

PORTE PETIT, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial saturnino Callea, Madrid, España, 1968.

REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General Del Delito. Editorial Porrúa, 3ª Edición, México, 1998.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Manual de Criminología. Tomo 2. Penología, Facultad de Derecho UNAM, México, 1979.

RUIZ GARCÍA, Laura. El Derecho Migratorio en México. Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 2005.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 1998.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México, 1990,

RUIZ GARCÍA, Laura. El Derecho Migratorio en México. Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 2005.

TORREJÓN, Francisco. Derecho Penal, tomo I. Editorial Desalma, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2001.

VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito. Editorial Trillas, México, 1985.

WELZEL, Hans. Derecho Penal. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina 1957.

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial SISTA S.A. México, 2006.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. Editorial SISTA S.A. México, 2006.

LEY GENERAL DE POBLACIÓN. Editorial SISTA S.A. México, 2006

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. Editorial SISTA S.A. México, 2006.

REGLAMENTO INTERIOR DE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. SEGOB, México, 2006.

OTRAS FUENTES

La Biblia, Éxodo, XXII, 21; Deuteronomio, X, 19, XXVII.

www.nuevodigital.com/2006 en 12 de octubre del 2006 a las 19:34 horas.

www.spanish.xinhuanet.com del día 14 de octubre del 2006 a las 12:34.