

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

**“INEFICACIA EN LA APLICACIÓN DEL DELITO PREVISTO Y
SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 123 DE LA LEY GENERAL DE
POBLACIÓN”**

T E S I S

QUE PRESENTA:

DANIEL SEGURA ORTEGA

PARA OBTENER EL GRADO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR:

LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA

MÉXICO, DF. 2008.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A MI HIJO ELIAS

Por que eres y serás la razón de mi vida.

Te Amo.

A MIS PADRES

Quienes me han enseñado a valorar la vida, que con su ejemplo me han inculcado la lealtad, la honestidad y la responsabilidad, siempre al tanto de mi, gracias por su cariño, sus palabras y sus esfuerzos.

A LA UNAM Y SUS PROFESORES

Agradezco a esta institución que me dio la oportunidad de ser parte de su comunidad y de ser universitario y permitir que me realizará como profesionalista, a todos mis profesores con profundo agradecimiento, cariño, respeto y admiración en especial al licenciado Carlos Barragán Salvatierra por su invaluable apoyo para que este trabajo fuera posible.

A todos mis amigos y personas que a lo largo de estos años me han obsequiado su apoyo, sus consejos, su amistad, no me queda mas que agradecerles su cariño, los llevo conmigo y tengo la satisfacción de haber encontrado en mi camino a personas increíblemente especiales en mi vida.

**“INEFICACIA EN LA APLICACIÓN DEL DELITO PREVISTO Y SANCIONADO
EN EL ARTÍCULO 123 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN”**

INTRODUCCIÓN. I

CAPÍTULO PRIMERO. EXTRANJERO.

1.1	Concepto de extranjero, antecedentes históricos.....	1
1.2	Limitaciones a extranjeros para ingresar al país.....	14
1.2.1	Requisitos para entrar al país como turista.....	18
1.2.2	Garantía de retorno.....	19
1.3	Calidades y modalidades migratorias.....	19
1.3.1	No inmigrante.....	21
1.3.2	Inmigrante.....	25
1.3.3	Inmigrado.....	29

CAPÍTULO SEGUNDO. LEY GENERAL DE POBLACIÓN.

2.1	Análisis de la Ley General de Población.....	30
2.2	Tráfico de indocumentados y crimen organizado.....	37
2.3	Trascendencia social.....	43
2.3.1	Circunstancias geográficas y desigualdad económica como factor predominante del problema migratorio.....	47

**CAPÍTULO TERCERO. DEL DELITO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA
LEY GENERAL DE POBLACIÓN.**

3.1	Elementos positivos.....	53
3.2	Elementos negativos.....	70
3.3	Clasificación.....	81
3.4	Obstáculo procesal.....	86

**CAPÍTULO CUARTO. CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO
FRENTE A LA COMISIÓN DE DELITO EN TERRITORIO NACIONAL.**

4.1	Condición jurídica del extranjero en el procedimiento penal.....	94
4.1.1	Como inculpado durante la Averiguación Previa.....	99
4.1.2	Como procesado durante la secuela del proceso penal.....	106
4.1.3	Como acusado durante el juicio.....	108
4.1.4	Como sentenciado o reo durante ejecución de sentencia.....	110
4.2	Efectos de la libertad provisional bajo caución al aplicarse al inculpado extranjero.....	114
4.3	Crítica a la duración del proceso penal y propuestas de medidas alternativas.....	120
	Conclusiones.....	126
	Bibliografía.....	130

INTRODUCCIÓN

Toda vez que los extranjeros que se internan de forma ilegal a nuestro país, por su especial condición de pobreza, e ignorancia se ven afectados en sus garantías consagradas por el apartado "A" del artículo 20 constitucional; especialmente la que consiste en la libertad provisional bajo caución, ya que los mismos al estar fuera de su país de origen no cuentan con los recursos suficientes para poder pagar la caución, o en su caso, los que pueden llegar a pagarla, al obtener su libertad provisional, son puestos a disposición de la autoridad migratoria, misma que ordenará su expulsión del territorio nacional, y el procesado al no cumplir con sus obligaciones procesales perderá la garantía exhibida, y siendo el motivo de su incursión el mejoramiento de su condición económica, resulta que terminan privados de su libertad y perdiendo el poco dinero que conservan con ellos.

Las estaciones migratorias son insuficientes para albergar al número de indocumentados que son aprehendidos en el país, además de estar en muy mal estado, aunado que muchos de ellos ingresan al país con documentos falsos, lo que agrava su situación al cometer otro delito, motivo por el cual, son trasladados a centros penitenciarios, mientras esperan ser expulsados. Ello trae como consecuencia que se involucren con delincuentes que los malean, pervierten y educan para una conducta criminal, en detrimento de la seguridad pública nacional.

Durante el proceso carecen de elementos de prueba que provoquen convicción en el juzgador para emitir una sentencia absolutoria. El único elemento probatorio que puede generar ese animo en el juez, es el salvoconducto que entrega el Instituto Nacional de Migración, por lo que los testigos, la confesional y otras pruebas carecen de eficacia ante la imposibilidad de acreditar su legal estancia en el país. Bajo este contexto, la garantía de audiencia se convierte en un mero trámite administrativo que se debe cumplir antes de expulsar al inmigrante indocumentado.

La defensa de los procesados siempre corre a cargo de los defensores de oficio, quienes distraen su tiempo en asuntos que prácticamente están perdidos y que llegarán a la misma conclusión a pesar de todo el esfuerzo y empeño que pongan en cada uno de los casos. Ello representa para el Estado la distracción de recursos humanos necesarios para la defensa de causas donde hay más disputa.

El Estado gasta en el sostenimiento de los indocumentados que son atrapados en el país, no solo por el hecho de que hay que alimentarlos, sino que además implica horas hombre en el sistema de procuración y administración de justicia, incluyendo a los que deben cuidarles en tanto son deportados. A pesar del gasto que ello representa, los indocumentados sufren de un maltrato que va en contra de la dignidad del ser humano, que deben sufrir, por el solo hecho de no contar con los recursos suficientes, mismos que son el motivo por el cual buscan mejores oportunidades económicas fuera de su país de origen.

El tiempo que implica administrarles justicia, genera la distracción de recursos humanos que son necesarios para la vigilancia de otros asuntos, lo que implica un retraso en las agendas de trabajo de los tribunales. Dicho de otra manera, es un obstáculo más para el mejoramiento del sistema de administración de justicia en el país.

La única sanción que la autoridad jurisdiccional puede imponer, susceptible de ser cumplida es la pena de prisión, que resulta ser de unos cuantos días, y al haber estado privado de su libertad durante meses que duró el proceso penal, se tiene por compurgada dicha pena, y se ordena su libertad, pero solo para el efecto de dejarlo a disposición del Instituto Nacional de Migración, autoridad que fue la que en un principio presentó la querrela y es la misma que se encargara de la expulsión del sentenciado. Esto nos lleva a concluir que al objetivo final que persigue el Estado mediante esta política criminal es de carácter represivo, además de la expulsión de los extranjeros que no tienen permiso para internarse en nuestro país.

A manera de recapitulación de todos los aspectos apuntados en la presente investigación, a efecto de dar un mejor trato a los indocumentados, ya sea para no privarlos de su libertad o en su caso de no violentar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, es mi responsabilidad proponer lo siguiente:

La derogación del tipo penal previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población y la aplicación estricta del artículo 33 constitucional, lo que traerá como

beneficios adicionales, el resultado inmediato que se busca con el procesamiento de los indocumentados en nuestro país, “su expulsión inmediata de territorio nacional”, y que sea la autoridad migratoria la encargada de llevar el registro de los indocumentados reincidentes, derogación que traería como consecuencia reducir recursos, tiempo, trabajo y esfuerzo, tanto en las agencias del Ministerio Público, como en los Juzgados de Distrito de Procesos Penales Federales, a efecto de una pronta y expedita impartición de justicia, sin necesidad de privarlos de su libertad durante los meses que dure su proceso, o bien, perder el dinero de la garantía del beneficio de la libertad provisional bajo caución, y en propio beneficio del extranjero indocumentado.

CAPÍTULO PRIMERO. EXTRANJERO.

1.1 CONCEPTO DE EXTRANJERO, ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La calidad de ciudadano en el antiguo imperio romano se adquiría por dos situaciones, a saber: el nacimiento o por causas posteriores. El estado de las personas se determinaba por su situación paterno y materno filial y no por el lugar de su nacimiento. El hijo nacido *ex justis nuptiis* seguía la condición del padre al momento de la concepción. El hijo nacido fuera de las *justae nuptiae* seguía la condición de la madre a partir del día del parto. Sin embargo, una ley Minicia generó una situación desfavorable para aquellos hijos que alguno de sus padres fuera peregrino, arrastrando la misma situación jurídica por el resto de sus días. En los casos posteriores al nacimiento, la persona que adquiría la ciudadanía romana podía ser el esclavo a través de una manumisión regular, realizada por el propietario del esclavo. Los peregrinos adquirían la calidad de ciudadanos por virtud de una mandato de los comicios, o de un senadoconsulto o por el mismo emperador. Los derechos que se le podían otorgar a través de la concesión podían ser variados. En algunos casos se concedía a un sujeto determinado, sin extender sus beneficios a la mujer y los hijos, o podía concederse a ciudades enteras que por virtud de dicho acto se convertían en prefecturas o municipios.¹

El derecho romano nos brinda una fuente histórica sobre el tratamiento de la población en cuanto a su calidad política, dentro de dicho Estado. Al primero que cita *Guillermo Floris Margadant* es el ciudadano romano nacido como tal (ingenuo), quienes gozan de plenitud de derechos; es decir, participa de todas las instituciones, tanto de derecho público como del privado. Las prerrogativas de derecho privado de que disfrutaban, eran: el *connubium*, entendida como la aptitud para contraer matrimonio civil, al que se llamaba *justae nuptiae*, la única capaz de producir entre el padre y los hijos el poder paternal y la agnación. El *commercium* es otro derecho de naturaleza privada que le permitía al ciudadano adquirir y transmitir la propiedad a través de los distintos medios concedidos por el derecho civil, como en el caso de la *mancipatio*. De esta potestad se derivaba el derecho

¹ Cfr. VENTURA SILVA, Sabino, “Derecho Romano, Curso de Derecho Privado”, 19ª edición, Porrúa, México; 2003. pp. 92 y 93.

de los ciudadanos para transmitir los bienes vía *mortis causa*, así como para heredar.

Otros derechos estaban también ligados a la calidad de ciudadano de la persona, tales como: el *ius suffragi*, entendido como el derecho a votar, voto activo para la elección de los gobernantes, o el *ius honorum*, entendida como la potestad para ser electo a cargos de elección popular o para ocupar cargos religiosos.

Uno de los derechos que tenía el ciudadano en materia penal era la *provocatio ad populum*, que consistía en el derecho a no sufrir pena capital, pronunciada por un magistrado que no fuera un dictador y que la sentencia hubiese sido aprobada por el *comitiatus maximus*.²

Después hace mención de los confederados del *latinum*, los *latini veteres*, quienes llegaron a ascender y convertirse en ciudadanos romanos a quienes se les consideró con la misma dignidad; asimismo, por debajo de los anteriores estaban los libertos, manumitido conforme al *ius civile*, quien carecía del *ius honorum* y *ius connubii*, limitándose ésta última restricción desde Augusto a las familias senatoriales.

De igual forma, en una escala descendiente de los anteriores se ubicaban los *latini coloniarii*. Se trataba de romanos que se habían establecido en una colonia en alguna parte de Italia, o en tiempos del imperio, fuera de Italia. Tenían el *commercium* y un limitado derecho de voto; incluso, muchos de ellos tenían el *connubium*. Estas personas tenían la posibilidad de adquirir la ciudadanía romana a través de tres mecanismos, a saber: En primer lugar, estableciéndose en Roma; en segundo, prestando algunos servicios, y en tercer lugar, mediante los servicios de guerra.

² Cfr. **PETIT**, Eugene, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Traducido por José Fernández González, 15ª edición, Porrúa, México; 1999. p. 81.

Como premisa mayor tenemos que los no ciudadanos o extranjeros no gozaban de los mismos derechos que confería la ciudadanía. Estos solo gozaban de los derechos concedidos por el *ius gentium*. Sin embargo la condición jurídica de los extranjeros en Roma no era homogénea. En un estrato inferior estaban los *latini veteres*, *latini coloniarii* y *latini iuniani*. Los *latini veteres* eran los habitantes del antiguo *latium*. Después de la Caída de Alba, Roma encabezó una confederación formada por un conjunto de ciudades latinas, y la situación de sus habitantes sería regulada por algunos tratados. Después de una revolución que derivó en el triunfo definitivo de los romanos, y destruida la coalición algunos de sus habitantes obtuvieron la ciudadanía, mientras que otros conservaron su condición de latinos. Los *latini veteres* conservaron el *commercium* y el *connubium*, y los que vivían dentro de Roma disfrutaban del derecho de voto. A estas personas se les confería la ciudadanía romana con algunas facilidades, sobre todo si había ejercido alguna magistratura en su país; si había hecho condenar a un magistrado romano por concusión de acuerdo a la ley *Servilia repertundarum* del año 643 de Roma; si llegaba a establecerse a Roma y dejaba descendencia que perpetuara su raza. Los *latini veteres* desaparecieron del latium después de la guerra social, y el derecho de ciudadanía fue concedido a todos los habitantes de Italia a través de la *ley Julia* en 664 y por la *Ley Plautia Papiria* en 665.

Los *latini coloniarii* eran los habitantes de las colonias formadas por los pueblos vencidos por el imperio romano. Sus habitantes se componían de romanos que vivían en la parte más pobre y alejada de la población, otros eran latinos que de forma voluntaria abandonaban su patria, perdiendo su calidad de ciudadanos.³

En otro rango se encontraban los peregrinos, que tenían el derecho de vivir en Roma y podían acudir ante el *praetor peregrinus*, magistrado romano, en clamor de justicia. Eran los habitantes que habían realizado alianzas con Roma, o

³ *Ibíd.* p. 82 y 83.

que se habían sometido al imperio romano, reduciéndose a una mera provincia, tal era la situación de los hebreos. Esto me recuerda la pasión de Cristo, toda vez que los judíos tenían el derecho de vivir en Roma, pero que debían someter sus conflictos ante el pretor, que en aquel juicio bíblico fue *Poncio Pilato*.

La escala sigue en descenso para llegar a los *dediticios*. Eran libertos que durante su esclavitud habían sufrido alguna pena infamante, a quienes se les negaba el derecho de vivir, siquiera cerca de Roma, aunque si podían vivir dentro del enorme territorio del Imperio Romano.

Los Bárbaros se ubicaban hasta abajo de la escala poblacional. Bajo este calificativo se designaban a los pobladores de regiones ubicadas fuera del imperio romano, siempre y cuando no se hubieran organizado dentro de una sociedad civilizada (Polis). Sin embargo, con el tiempo, los bárbaros se fueron infiltrando, primero en altas y bajas funciones militares dados sus atributos bélicos, para luego ocupar altos cargos públicos. Los tan odiados bárbaros, con el paso del tiempo fueron asimilados a Roma sin ninguna resistencia.⁴

Jorge Armando Silva Carreño afirma que los antecedentes históricos del derecho migratorio, como fenómeno fáctico los podemos encontrar desde el origen del hombre. Incluso, señala que los movimientos migratorios han influido en la transformación de la división política mundial. A manera de ejemplo cabe recordar que los Estados Unidos de Norteamérica se formó por la migración de grupos de gente proveniente de Europa hacia América. Esto quiere decir que un alto porcentaje de su población era migrante y no precisamente nativos del lugar.

Este autor al buscar los antecedentes históricos de nuestro actual artículo 11 constitucional (en el que se consagra la libertad de tránsito) llega al Fuero de León de 1188, cuyos artículos 6 y 29 a la letra disponen:

⁴ Cfr. **MARGADANT**, Guillermo Floris, “Derecho Romano”, 13ª edición, editorial Esfinge. México; 1985. pp, 130 y 131.

“Art. 6º. He jurado que ni Yo ni nadie puede entrar por fuerza en casa de otro.”

Art. 29º. Si alguno se trasladase de una ciudad, villa o tierra a otra, y se presentase a las justicias una orden con el sello de las justicias de la primera ciudad, villa o tierra para que lo prendan y hagan de él justicia, no vacilen en apoderarse de él al momento y sin tardanza. Si las justicias descuidasen este deber sufrirán la misma pena que debería sufrir el criminal.”⁵

Más bien pienso que se trata del antecedente del derecho a la intimidad y la privacidad y el segundo de los artículos citados el relativo a la cooperación internacional, mas no del derecho a entrar y salir del territorio de un Estado.

Un documento inglés del 15 de junio de 1215, ya contiene un antecedente de la libertad de tránsito en aquel país cuyo texto a la letra se inserta:

“42. Será legal para cualquier persona, en lo futuro, salir del reino y regresar, a salvo y con seguridad, por tierra o agua, manteniendo su alianza con nosotros; a menos que esto sea en tiempos de guerra, por un corto espacio, por el bien común de todo el reino; excepto prisioneros y proscritos, según la ley de la tierra y de la gente de la nación en guerra contra nosotros, y de los Mercaderes a quienes se tratará como antes se dijo.”⁶

Ni en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ni en el documento conocido como “*Bill of Rights*” se contiene la garantía de libertad de tránsito, ni las limitaciones jurídicas para entrar y salir de un Estado determinado.⁷

En relación a los antecedentes nacionales, el autor cita la época prehispánica en que los mexicas gozaban de libertad para desplazarse a cualquier región del imperio. La libertad de tránsito era motivada, según el autor por dos

⁵ **SILVA CARREÑO**, Jorge Armando, “Derecho Migratorio Mexicano”, Porrúa, México, 2004. p. 39.

⁶ *Ibíd.* p. 40.

⁷ Véase **FIORAVANTI**, Mauricio, “Los Derechos Fundamentales”, 3ª edición, editorial Trotta, España; 2000. pp, 145 a 150.

razones principales: una de carácter político y una de orden económico. La primera obedecía a la hegemonía militar que se ejercía y la recaudación del tributo; la segunda a la movilidad del comercio.

En aquella época ya existía en México, un sistema de caminos que se complementaba con la navegación en mares y ríos, que beneficiaba la transportación de personas y mercaderías.

En la época de la colonia también se reconoció la libertad de los naturales para desplazarse de un lugar a otro por todo el territorio conquistado por la Corona española, al menos desde el plano teórico. Sin embargo, esta libertad de tránsito tenía limitaciones para llevar a los indios hacia el territorio peninsular ibérico, tal y como se desprende de diversas disposiciones reales de 4 de diciembre de 1543 y 21 de septiembre de 1556. Asimismo, el 25 de noviembre de 1552, por Cédula Real expedida por el Emperador Carlos se ordenó que se diese lo necesario para que los indios que hubiesen llegado a España regresaran a su lugar de origen. El texto de la citada Cédula Real, en su parte conducente se reproduce por el valor histórico que para nosotros tiene:

“Y Nos, teniendo lástima y compasión de que anden pobres y mendigos (los indios), mandamos que todos los Indios, e Indias, que hubiere, y vinieren a estos Reynos, y de su voluntad se quisiesen volver a sus naturalezas, pueden pasar libremente a ellas, y los presidentes, y los Jueces Oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla les dén licencia, y de penas de Cámara de la Casa se les dé, y pague lo necesario para su flete, y matalogue, hasta volver a sus tierras no constando quien los traxo, porque en este caso ha de ser a su costa, de que tendrán particular cuidado los de nuestro Consejo de Indias. (sic)”⁸

⁸ SILVA CARREÑO, Jorge Armando. Op. Cit. p. 43.

A pesar de los antecedentes jurídicos, en la Constitución de Cádiz de 1812 no se consagra de forma específica la libertad de tránsito, tal y como la concebimos actualmente; es más ni siquiera se consagró una libertad genérica.

Después de los breves comentarios realizados por el autor, en torno a la evolución de la libertad de tránsito en el mundo y en México (por cierto no muy profundos) llegamos a los antecedentes constitucionales mexicanos.

La Constitución de Apatzingán de 1814 oficialmente conocida como “Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana” en su artículo 17 textualmente dispuso: *“Los transeúntes serán protegidos por la sociedad; pero sin tener parte en la institución de sus leyes. Sus personas y propiedades gozarán de la misma seguridad que los demás ciudadanos, con tal que reconozcan la soberanía e independencia de la nación, y respeten la religión católica apostólica y romana.”* Esto significa que la libertad de tránsito se llegó a condicionar al credo religioso de quien se internaba en territorio nacional.

Otro ejemplo histórico lo tenemos en el Tratado de Córdoba del 24 de agosto de 1821, a través del cual se modificó el Plan de Iguala de 1821, en cuyo artículo 15 a la letra se dispuso: *“Toda persona que pertenece a una sociedad, alterado el sistema de gobierno, o pasando el país a poder de otro príncipe, queda en estado de libertad natural para trasladarse con su fortuna adonde le convenga, sin que haya derecho para privarle de esa libertad, a menos que tenga contraída alguna deuda con la sociedad a que pertenecía, por delito o de otro de los modos que conocen los publicistas. En este caso están los europeos avecindados en Nueva España y los americanos residentes en la Península; por consiguiente, serán árbitros a permanecer, adoptando esta o aquella patria, o a pedir su pasaporte, que no podrá negárseles, para salir del reino en el tiempo que se prefije, llevando o trayendo consigo a sus familias y bienes; pero satisfaciendo a la*

salida, por los últimos, los derechos de exportación establecidos o que se establecieren por quien pueda hacerlo.”⁹

La Constitución Federal de 1824 constituye formalmente la primera norma fundamental del Estado mexicano.¹⁰ No siempre ha regido en nuestro país un sistema federal. Primeramente así se hizo, sin embargo durante el transcurso de nuestra historia constitucional se ha vuelto al sistema centralista para que después de haber experimentado ambos sistemas se volviera a retomar aquel sistema que se dice fue tomado del naciente Estado norteamericano.

En torno al significado del sistema Federal propuesto por Jalisco, se puede dar en dos vertientes distintas a saber: la primera de ellas tiende a la Constitución de una república central, que haga de muchas provincias un Estado indivisible; o que una república federativa le otorgue a cada una de las provincias que la componen en un Estado independiente.

La primera de las citadas no era del agrado de los jaliscienses, ya que para ellos la mejor fórmula era la segunda. Argumentaron que una de las ventajas que traería aparejada es que con la independencia de cada una de las provincias les permitiría gozar de todos sus bienes y derechos exclusivos, pero al mismo tiempo los compromete a no ejercer sino bajo común acuerdo con las otras provincias, ciertos atributos de la soberanía, sobre todo los que tienen que ver con su defensa mutua frente a estados extranjeros; además convierte a cada provincia, en árbitro y señora de sus propios intereses. En resumen, la idea de ellos era la constitución de un conjunto de estados perfectos, pero tan vinculados entre sí, que constituyen un solo cuerpo respecto a las cosas que les interesan en común, sin menoscabo de la independencia que cada una de ellas mantiene.

⁹ *Ibíd.* p. 45.

¹⁰ Quienes opinan de esta manera se basan en el argumento formalista de la fecha histórica en que se proclama la Independencia de nuestro país de la Corona española en el mes de septiembre de 1821.

En tal virtud debe haber una perfecta distribución de competencias entre la federación y los Estados miembros, tanto en el ámbito legislativo, como ejecutivo y jurisdiccional.¹¹

No contenía un capítulo especial reservado a las garantías individuales, pero a su contenido le faltó consagrar la libertad de tránsito y las modalidades de internamiento para los extranjeros.

En las Bases constitucionales expedidas por el Congreso Constituyente el 15 de diciembre de 1835, se estableció en su artículo 2º: *“A todos los transeúntes, estantes y habitantes del territorio mexicano, mientras respeten la religión y las leyes del país, la nación les guardará y hará guardar los derechos que legítimamente les correspondan: el derecho de gentes y el internacional designan cuales son los extranjeros; una ley constitucional declarará los particulares al ciudadano mexicano.”*¹²

La creación de la Constitución centralista de 1836, corona el triunfo parcial que tuvo en su momento el grupo conservador sobre los liberales, adoptando el centralismo como forma de gobierno, la oligarquía de las clases preparadas y con el tiempo se inclinó por la instauración de una forma monárquica. Además se inclinaban claramente por la preservación de los fueros y los privilegios de que gozaban el clero, los militares y otros miembros distinguidos de la sociedad. Un destacado conservador, Lucas Alamán en su papel de representante mas autorizado, propuso una serie de principios sobre los que se erigiera el nuevo texto constitucional que nos rigiera, siendo estos:

- *“Conservación la religión católica, entendiendo que es menester, sostener el culto con esplendor, así como los bienes eclesiásticos.*
- *Se pronunció en contra de la adopción de un régimen federal.*

¹¹ Cfr. **BARRAGÁN BARRAGÁN**, José. “Introducción al Federalismo (La formación de los poderes 1824)”, Universidad de Guadalajara, México, 1994, pp. 155-163.

¹² **SILVA CARREÑO**, Jorge Armando. Op. Cit. p. 46.

- *Estaba en contra del sistema representativo por el orden de elecciones que se había seguido hasta aquel momento;*
- *Contra los ayuntamientos electos, y contra todos aquellos que se considere de elección popular, siempre y cuando no descansa sobre otras bases.”*

En las Siete Leyes Constitucionales del 30 de diciembre de 1836, al igual que en su proyecto de reforma de 1840 se estableció en su ley primera, artículo segundo, fracción VI, al referirse a los derechos de los mexicanos lo siguiente: “*No podérsele impedir la traslación de sus personas y bienes a otro país, cuando le convenga, con tal de que no deje descubierta en la República responsabilidad de ningún género, y satisfaga, por la extracción de los segundos, la cuota que establezcan las leyes.*”¹³

En el primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del 25 de agosto de 1842, en su Título I, apartado de garantías individuales, artículo 7º, fracción V, y en el capítulo de los extranjeros, artículo 9º establecía respectivamente: “*V. Cualquier habitante de la República puede transitar libremente por su territorio, y salir de él, sin otras restricciones, que las que expresamente le impongan las leyes.*”

“*Los extranjeros legalmente introducidos en la República gozarán de los derechos individuales enumerados en el artículo 7, y de los que estipulen en los tratados celebrados con sus respectivas naciones.*”

Las Bases de Organización Política de la República Mexicana fueron sancionadas por Santa Anna, quien ya había reasumido el poder, el 12 de Junio de 1843. En la fracción XIV de su artículo 9º a la letra dispuso: “*Derechos de los habitantes de la República: (...)*

XIV. A ningún mexicano se le podrá impedir, la traslación de su persona y bienes a otro país, con tal de que no deje descubierta en la República,

¹³ Cfr. **TENA RAMÍREZ**, Felipe, “Leyes Fundamentales de México 1808-1995”. 19ª edición, Porrúa, México, 1995. pp.212 a 214.

responsabilidad de ningún genero, y satisfaga por la extracción de sus intereses los derechos que establezcan las leyes.”¹⁴

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1857, es un texto político emblemático del Estado mexicano; cuya ideología plasmada rompe con la historia constitucional mexicana, al menos, en sus puntos más importantes, siendo estos el poder económico y político de la iglesia; la desaparición de los fueros y privilegios de los militares y los miembros de la iglesia.

La participación de los principales hombres liberales de nuestro constitucionalismo permitió plasmar en su texto principios fundamentales de liberalismo político y económico. Sin embargo su ideario, en cierta medida, fue matizado por ciertas posturas conservadoras que en su momento fueron negociadas.

Estos ilustres pensadores son: Ponciano Arriaga, José María del Castillo y Velazco, Santos Degollado, Manuel Doblado, Valentín Gómez Farías, Jesús González Ortega, León Guzmán, Benito Juárez, Ignacio de la Llave, Melchor Ocampo, Guillermo Prieto, Ignacio Ramírez, Vicente Riva Palacio, Ignacio Vallarta, Leandro Valle y Francisco Zarco.

Estos pensadores lucharon en el campo de las ideas y de la política para lograr que se plasmara en la Constitución su ideario filosófico, cuyo pensamiento era extremadamente individualista; sin embargo se trataba del ideario revolucionario de la época, por ser el único que garantizaba la libertad humana frente a todos los poderes.¹⁵

¹⁴ **SILVA CARREÑO**, Jorge Armando. Op. Cit.p. 47.

¹⁵ Cfr. **RABASA, O.** Emilio, “La Constitución y la Dictadura; estudio sobre la organización política de México”, 7ª edición, Porrúa, México; 1990. pp. 156 y 157.

Se estableció originalmente en su artículo 11 el texto que a continuación se cita:

“Todo hombre tiene derecho para entrar y salir de la República, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otro requisito semejante. El ejercicio de este derecho no perjudica las legítimas facultades de la autoridad judicial o administrativa, en los casos de responsabilidad criminal o civil.”

Cabe señalar que, mediante reformas al texto constitucional del 12 de noviembre de 1908, el citado artículo fue adicionado con la siguiente frase: *“Art. 11. ...y las limitaciones que imponga la ley sobre emigración e inmigración y salubridad general de la República.”*

Asimismo el artículo 72 sufrió modificaciones en el siguiente sentido *“Art. 72. El Congreso tiene facultad: (...) XXI. Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.”*¹⁶

El Congreso constituyente de 1916-1917 fue convocado por Carranza mediante decreto fechado el 19 de septiembre de 1916, al margen de las disposiciones constitucionales que disponían lo conducente a la reforma y modificación de su contenido, motivo por el cual algunos tratadistas de la materia constitucional han escrito sobre la falta de legitimidad de la Constitución vigente.

En relación al procedimiento de reformas a la Constitución, en el artículo 127 de la del 57 disponía que bastaba con la aprobación mayoritaria de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso, y de la mayoría simple de las legislaturas estatales. Sin embargo, Carranza argumentó que mediante dicho procedimiento se limitaría la voluntad soberana del pueblo.¹⁷

¹⁶ SILVA CARREÑO, Jorge Armando. Op. Cit.. p. 49.

¹⁷ Cfr. DE BUEN LOZANO, Néstor, “Derecho del Trabajo”, Tomo I. Concepto generales. 10ª edición. Porrúa. México; 1997. P. 341.

Se dice que la Constitución Mexicana de 1917, es la primera Constitución social del mundo, cuyos postulados ya habían sido objeto de regulación en otros países, como Alemania, nadie los había elevado a rango constitucional. Esta virtud no es producto de una iluminación mental de persona alguna, sino que fue producto de las necesidades sociales de nuestro propio país, en donde el descontento de la clase campesina y obrera tuvo que ser saciada con una serie de garantías que les dieran mayor seguridad jurídica y económica.

El artículo 11 del proyecto original del Acta de reformas a la Constitución de 1857 como fue denominada, aprobado por unanimidad a la letra ordenó: *“Todo hombre tiene derecho para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que imponga la ley sobre emigración, inmigración y salubridad General de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”*¹⁸

La extranjería es una calidad de la persona que no es definida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y cuya condición se infiere por exclusión de acuerdo a los artículos 30 y 33 del magno ordenamiento, que a la letra se insertan:

“ARTÍCULO 30

La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A. SON MEXICANOS POR NACIMIENTO:

I.- Los que nazcan en el 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;

¹⁸ SILVA CARREÑO, Jorge Armando. Op. Cit. p. 58.

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.”

“ARTÍCULO 33

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.”

Precisamente es el texto del artículo 33 el que nos parece la base de la propuesta que se hace en la tesis profesional sobre que se escribe. Su texto es claro y ordena que se otorguen a los extranjeros todas las garantías previstas en el Capítulo Primero, Título Primero de la Constitución, dentro de las cuales se ubican las consagradas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 todas ellas que tienen que ver con el proceso que se debe seguir para sancionar penalmente a los extranjeros que ilegalmente se internan el país para después ser expulsados del mismo. En consecuencia los extranjeros, pueden interponer juicio de garantías derivado de lo establecido en el artículo 1 de la Norma fundamental, excepto contra los actos que se mencionan en el artículo 33 de la propia Constitución.

1.2 LIMITACIONES A EXTRANJEROS PARA INGRESAR AL PAÍS.

Como ya ha sido señalado en este trabajo, la migración es un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma. Muchos seres humanos somos proclives a

cambiar de residencia por diversos factores, pero principalmente, en la búsqueda de mejores oportunidades de desarrollo.

El derecho está presente en las actividades del hombre, y por supuesto el fenómeno migratorio no le es ajeno; motivo por el cual el Estado a través de su función legislativa regula esta actividad, ya sea mediante disposiciones permisivas, prohibitivas, tolerantes o de carácter mixto.

Estoy de acuerdo con *Oscar Vical Adame* cuando señala que una migración ordenada beneficia a los migrantes y a la sociedad receptora.¹⁹

Tomando en cuenta la soberanía estatal, los movimientos migratorios se pueden clasificar como interno, internacional e interregional. El interno es el desplazamiento migratorio dentro de un Estado nación; internacional es el que implica la entrada y salida de un país a otro; y el interregional es el que se lleva a cabo entre pobladores de varios países de la misma región, que habiendo celebrado acuerdos multilaterales permiten la entrada y salida de la gente en sus respectivos países sin que para ello se requiera pasaporte, salvoconducto o documentos análogos.²⁰

Como lo veremos en las siguientes páginas, la regulación migratoria mexicana es de carácter mixto, pues así como prohíbe algunas conductas, también es permisiva en otras situaciones previstas en los ordenamientos legales. A continuación citaremos el fundamento constitucional y legal que establece una serie de limitaciones a los extranjeros para ingresar a nuestro país.

Fundamento constitucional.

“Artículo 11. Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros

¹⁹ Cfr. **VICTAL ADAME**, Oscar, “Derecho Migratorio Mexicano”, 3ª edición, Miguel Ángel Porrúa grupo editorial, México, 1999. p. 11.

²⁰ *Ibíd.* pp. 11 y 12.

requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”

El artículo 11 Constitucional, señala el maestro *Burgoa*, contempla cuatro libertades fundamentales, a saber: *“La libertad de entrar a territorio nacional, la de salir del mismo, la de viajar dentro del Estado mexicano y la de mudar de residencia y de domicilio. Asimismo considera que el ejercicio de tales libertades, por parte del gobernado es incondicional y absoluto, pues para ello no requiere del uso de pasaporte o salvoconducto. Al mismo tiempo constituye un freno para la actuación de las autoridades, quienes están impedidas para limitar el ejercicio de la libertad de tránsito en sus cuatro modalidades”*.²¹

En mi opinión, no existe libertad Constitucional que sea absoluta, pues su ejercicio puede ser limitado por la autoridad cuando vaya en contra de las leyes que la regulen y contra el orden público. Por ejemplo, la libertad para entrar al país está sometida a la regulación de distintos ordenamientos jurídicos, según se trate de cosas o de personas. El impedimento para las autoridades solo se limita a que no impidan el libre tránsito dentro del territorio nacional. Sin embargo las autoridades judiciales puede limitar el derecho al libre desplazamiento de las personas, como que salga a determinado lugar o para que purgue una pena dentro de los establecimientos penitenciarios, fuera de los cuales no puede estar el reo. Las autoridades administrativas tienen la facultad de limitar el ingreso al país a las personas que no reúnan los requisitos legales para ello, y puede expulsar a los extranjeros que considere perniciosos, sin que para ello deba respetar la garantía de audiencia consagrada en los artículos 14 y 16 Constitucionales.

²¹ **BURGOA ORIHUELA**, Ignacio, “Las Garantías Individuales, 23ª edición, Porrúa, México; 1991. p. 399.

La Secretaría de Gobernación tiene la facultad de fijar el número de extranjeros cuya internación crea conveniente en el país, de acuerdo a los siguientes criterios:

- A) por actividades; y
- B) por zonas de residencia.

Lo cual será sujeto a las modalidades que juzgue pertinentes, según sean sus posibilidades -dice el artículo 33 de la Ley General de Población – “de contribuir al progreso nacional”. Con esa frase quiere decir que el Ejecutivo de la Unión a través del órgano competente posee una facultad discrecional sumamente amplia, que no entiende de parámetros ni limitaciones, por supuesto, pienso yo, que por atender a cuestiones de seguridad nacional.

Todo extranjero que se interne en el país debe ser autosuficiente; con ello quiero decir que la ley les obliga a que sean gente productiva, y aquellas que por sus circunstancias de edad, físicas o mentales no lo sean deben depender de gente que sí cumpla con el requisito legal. La Secretaría de Gobernación está facultada para ubicar en ciertos lugares de residencia a los extranjeros que legalmente se internen en el país y limitar las actividades que lícitamente pueden realizar dentro del territorio nacional.

La Secretaría de Gobernación puede negar la entrada al país a los extranjeros, su cambio de calidad o característica migratoria si se hayan en los supuestos del artículo 37 de la Ley General de Población, que a la letra se insertan:

- 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.”

O de plano, la misma Secretaría puede suspender o prohibir la admisión de extranjeros, cuando así lo determine el interés nacional.

1.2.1. REQUISITOS PARA ENTRAR AL PAÍS COMO TURISTA.

Otro concepto de “turista” que nos proporciona el mismo legislador federal, pero en otro ordenamiento es el que se encuentra en la Ley Federal de Turismo, que en su artículo 3º lo concibe como: *“La persona que viaja desplazándose temporalmente fuera de su lugar de residencia habitual y que utilice alguno de los servicios turísticos a que se refiere esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para efectos migratorios por la Ley General de Población.”*

La diferencia del concepto de turista en la Ley General de Población y el antes citado radica en la calidad de extranjero que implica el primero, mientras que en la segunda ley no es un requisito para que así se le considere a la persona.

Para que los extranjeros puedan ingresar al país deben satisfacer los requisitos previstos en las fracciones del artículo 62 de la Ley General de Población, mismos que son:

- I. Presentar certificado oficial de buena salud física y mental, expedido por las autoridades del país de donde procedan, en los casos que fije la Secretaría de Gobernación;
- II. Ser aprobados en el examen que efectúen las autoridades sanitarias;
- III. Proporcionar a las autoridades de Migración, bajo protesta de decir verdad, los informes que les sean solicitados;

- IV. Identificarse por medio de documentos idóneos y auténticos y, en su caso, acreditar su calidad migratoria;
- V. Presentar certificado oficial de sus antecedentes expedido por la autoridad del lugar donde hayan residido habitualmente, en los casos que fije la Secretaría de Gobernación; y
- VI. Llenar los requisitos que se señalen en sus permisos de internación.

1.2.2 GARANTÍA DE RETORNO.

Salvo en aquellas calidades migratorias en que la autoridad gubernamental permite el establecimiento definitivo de las personas en nuestro país, los demás deben garantizar que habrán de retornar a su país de origen y que mientras radique en territorio nacional solo habrán de realizar aquellas actividades declaradas ante la autoridad y bajo cuyo amparo obtuvieron el permiso de internamiento. Se supone que el extranjero que declara bajo protesta de decir verdad que su calidad migratoria es la de no inmigrante, supuestamente es porque tiene un empleo, una familia y otra serie de circunstancias que lo atan a su lugar de origen; México, es definitivamente un país con muchos destinos turísticos motivo por el cual los extranjeros se ven a traídos por los centros vacacionales para pasar una temporada en nuestro territorio, pero siempre con la intención del volver a sus lugares de origen.

El Gobierno toma en cuenta que el control de los flujos migratorios permite equilibrar la economía y distribuir mejor la riqueza; que sin ese control, las condiciones económicas del país podrían empeorar. Por esa razón fundamental, los no inmigrantes son extranjeros que hacen presumir una transitoria estancia en el país, pero siempre con el ánimo de regresar al país de donde provienen.

1.3 CALIDADES Y MODALIDADES MIGRATORIAS.

Otro elemento indispensable de cualquier Estado es su población; es más el Estado no podría existir sin la organización de sus pobladores. Las personas por sí solas no forman más que composiciones colectivas primarias, como la

familia y la comunidad; solo mediante la organización política de éstas se puede generar el concepto de Estado.

*Modesto Seara Vázquez concibe a la población como “el conjunto de individuos sometidos a la autoridad fundamental de un Estado. Decimos fundamental, porque los súbditos de un estado pueden encontrarse sometidos a la autoridad de otro, de modo accidental, como sería el caso de aquellos que se encontrasen en territorio extranjero.”*²²

Cierto es que la regulación de la inmigración es un asunto polémico, toda vez que en el tema convergen diversos puntos de vista, de los cuales, algunos se contraponen claramente. Así como en España, en nuestro país, la extranjería no es un ordenamiento jurídico uniforme, homogéneo relativo a todos aquellos que no disfrutaban de la nacionalidad mexicana, sino que se trata de un mosaico multicolor que se ha creado el tratamiento distinto que se les da a los extranjeros.²³

En la actualidad, el replanteamiento de los derechos de los extranjeros se debe a la fuerte oleada de los flujos migratorios, principalmente hacia los países más ricos, específicamente a lugares en donde se encuentran las mejores oportunidades de trabajo. El tema ocupa un lugar central en la agenda política de las naciones que viven este fenómeno, México es uno de ellos, principalmente por los flujos de migrantes que dejan tierras mexicanas para ingresar a los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que por la situación geográfica de nuestro país, somos lugar de destino y de paso de los migrantes centro y sudamericanos hacia la región de Norteamérica.

Si bien es cierto, el fenómeno migratorio ha existido desde que el hombre habita la tierra, aquello que le da rasgos especiales es el contexto económico

²² SEARA VÁZQUEZ, Modesto, “Derecho Internacional Público”, 15ª edición, Porrúa, México; 1994. pp, 79 y 80.

²³ Vid. JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, Justicia Constitucional e Inmigración, Revista persona y derecho de la facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, No. 49, España; 2003. pp, 15 a 31.

político globalizador en el que la sociedad mundial se encuentra inmersa. El fenómeno migratorio se ha transformado y ha crecido en volumen e importancia.

En la opinión de *José Martínez de Pisón* son tres “los elementos que caracterizan el actual proceso migratorio:

1. El incremento en el volumen de inmigrantes, motivo por el cual los países receptores han tenido que tomar nuevas medidas legislativas para enfrentar dicho fenómeno con una clara tendencia del cierre de fronteras.
2. La ampliación de las redes migratorias, porque el fenómeno se ha extendido a nuevos países de emisión y recepción.
3. La diversificación de los tipos migratorios. A pesar de que el factor económico es el preponderante, existen otras razones que aumentan el desplazamiento de personas a lugares distintos a los de su residencia, ya sea como turistas por el aumento en la oferta de transporte y de lugares turísticos en todo el mundo, gente que busca mejores oportunidades de inversión para sus capitales, entre otros”.²⁴

Así, mientras las fronteras se han abierto para la entrada de capitales y de flujos de inversiones, paradójicamente el Estado nacional ha hecho uso del argumento de la soberanía nacional para evitar la recepción de los flujos migratorios que se van generando. Esto trae como consecuencia la negación de los principales derechos civiles y políticos a las personas que se ubican en los escalones más bajos de la migración, a los más pobres y necesitados. Tal situación tan injusta ha generado polémica y debate en torno a la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros.

1.3.1 NO INMIGRANTE.

Tal y como lo dispone el artículo 42 de la Ley General de Población, “No Inmigrante” es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna en el país temporalmente, y reúne las siguientes características:

²⁴ Vid. **MARTÍNEZ DE PISÓN**, José, Justicia Constitucional e Inmigración, Revista persona y derecho de la facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, No. 49, España; 2003. p. 58.

TRANSMIGRANTE.- El que se encuentra en tránsito hacia otro país y que puede permanecer en territorio nacional hasta por treinta días.

ASILADO POLÍTICO. – Extranjero que se interna en México para proteger su libertad o su vida, de persecuciones políticas en su país de origen, autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurren. En el supuesto de que el asilado político violara las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le fueran aplicables, perderá su característica migratoria, y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue conveniente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el asilado político se ausentara del país, perdería todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que hubiera salido con permiso de la propia Dependencia.

REFUGIADO.- Extranjero que se interna en el país con el propósito de proteger su vida, seguridad o libertad, cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen, que lo hayan obligado a huir a otro país. No quedan comprendidas en la presente característica migratoria aquellas personas que son objeto de persecución política y se consideran asilados políticos. La Secretaría de Gobernación renovará su permiso de estancia en el país, cuantas veces lo estime necesario. Si el refugiado viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su característica migratoria y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue procedente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el refugiado se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Secretaría. El refugiado no podrá ser devuelto a su país de origen, ni enviado a cualquier otro, en donde su vida, libertad o seguridad se vean amenazadas.

Cabe señalar que la Secretaría de Gobernación podrá dispensar la sanción a que se hubiere hecho acreedor por su internación ilegal al país, al extranjero a quien se otorgue esta característica migratoria, atendiendo al sentido humanitario y de protección que orienta la institución del refugiado.

En relación a la facultad que tiene la Secretaría de Gobernación para dispensar la sanción a que se hubiere hecho acreedor el refugiado por su internación ilegal al país se debe aclarar que la conducta del sujeto activo es típica, antijurídica y culpable; sin embargo a discreción de la citada dependencia puede o no ser punible.

TURISTA.- Es el extranjero que se interna en el país con fines de recreo o salud, para actividades artísticas, culturales o deportivas, no remuneradas ni lucrativas, con temporalidad máxima de seis meses improrrogables.

VISITANTE.- Extranjero que piensa dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa o no, siempre que sea lícita y honesta, con autorización para permanecer en el país hasta por un año.

Cuando el extranjero visitante: durante su estancia viva de sus recursos traídos del extranjero, de las rentas producidas por estos o de cualquier ingreso proveniente del exterior; su internación tenga como propósito conocer alternativas de inversión o para realizar éstas; se dedique a actividades científicas, técnicas, de asesoría, artísticas, deportivas o similares; se interne para ocupar cargos de confianza, o asistir a asambleas y sesiones de consejos de administración de empresas; podrán concederse hasta cuatro prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples, lo que implica una estancia máxima de cinco años bajo esta misma característica migratoria.

MINISTRO DE CULTO O ASOCIADO RELIGIOSO.- Extranjero dedicado a ejercer el ministerio de cualquier culto, o para la realización de labores de

asistencia social y filantrópicas, que coincidan con los fines de la asociación religiosa a la que pertenezca, siempre que ésta cuente con registro previo ante la Secretaría de Gobernación y que el extranjero posea, con antelación, el carácter de ministro de culto o de asociado en los términos de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. Al igual que con el visitante, el permiso que al efecto se otorgue será hasta por un año y podrán concederse hasta cuatro prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples.

ESTUDIANTE.- Extranjero que se interna en territorio nacional para iniciar, terminar o perfeccionar estudios en instituciones o planteles educativos oficiales, o incorporados con reconocimiento de validez oficial, o para realizar estudios que no lo requieran, con prórrogas anuales y con autorización para permanecer en el país sólo el tiempo que duren sus estudios y el que sea necesario para obtener la documentación final escolar respectiva. Se les autoriza ausentarse del país, cada año, hasta por 120 días en total; si estudia en alguna ciudad fronteriza y es residente de localidad limítrofe, no se aplicará la limitación de ausencias señalada.

VISITANTE DISTINGUIDO.- Esta característica solo se otorga en casos especiales, de manera excepcional. La Secretaría podrá otorgar permisos de cortesía a ciertos personajes para internarse y residir en el país, hasta por seis meses, entre los que se destacan: investigadores, científicos o humanistas de prestigio internacional, periodistas o a otras personas prominentes. La Secretaría de Gobernación podrá renovar estos permisos cuando lo estime pertinente.

VISITANTES LOCALES.- Son los extranjeros autorizados por la Secretaría para que visiten puertos marítimos o ciudades fronterizas sin que su permanencia exceda de tres días.

VISITANTE PROVISIONAL.- Extranjeros que llegan a puertos de mar o aeropuertos con servicio internacional y que hace escala en nuestro territorio y cuya documentación carezca de algún requisito secundario. En estos casos

deberán constituir depósito o fianza que garantice su regreso al país de procedencia, de su nacionalidad o de su origen, si no cumplen el requisito en el plazo de hasta noventa días.

CORRESPONSAL.- Extranjero que se interna en nuestro territorio para realizar actividades propias de la profesión de periodista, para cubrir un evento especial o para su ejercicio temporal, siempre que acredite debidamente su nombramiento o ejercicio de la profesión en los términos que determine la Secretaría de Gobernación. El permiso se otorgará hasta por un año, y podrán concederse prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples.

Todo extranjero que se interne al país bajo la calidad de “No Inmigrante”, podrá solicitar el ingreso de su cónyuge y familiares en primer grado, a los cuales podrá concedérseles, cuando no sean titulares de una característica migratoria propia, la misma característica migratoria y temporalidad que al “No Inmigrante” solicitante, bajo la modalidad de dependiente económico.

1.3.2 INMIGRANTE.

El concepto de inmigrante lo podemos encontrar en el artículo 44 de la Ley General de Población, que textualmente dispone:

“Inmigrante es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de Inmigrado.”

El tiempo máximo que una persona extranjera en territorio nacional puede ostentar la calidad de inmigrante es de cinco años. Tal y como lo dispone el artículo 47 de la Ley General de Población, el inmigrante que permanezca fuera del país más de dieciocho meses en forma continua o con intermitencias, no podrá solicitar el cambio de su calidad a Inmigrado, pero cuando permanezca más de dos años fuera del país, perderá, de plano, su calidad migratoria.

La calidad de inmigrante también puede tener distintas características, dependiendo del motivo por el cual esté interesado en su internamiento definitivo en el país. Estas características están previstas en el artículo 48 de la Ley General de Población, las que a continuación mencionaremos.

RENTISTA.- Es el inmigrante que vive de sus recursos traídos del extranjero; de los intereses que le produce la inversión de su capital en certificados, títulos y bonos del Estado o de las instituciones nacionales de crédito u otras que determine la Secretaría de Gobernación o de cualquier ingreso permanente que proceda del exterior, en el monto mínimo que marque el reglamento de la ley. La Secretaría de Gobernación podrá autorizar a los rentistas para que presten servicios como profesores, científicos, investigadores científicos o técnicos, cuando estime que dichas actividades resulten benéficas para el país.

INVERSIONISTA.- Es el inmigrante que invierte su capital en la industria, comercio y servicios, de conformidad con las leyes nacionales, siempre que contribuya al desarrollo económico y social del país y que se mantenga durante el tiempo de residencia del extranjero el monto mínimo que fije el reglamento de la Ley General de Población.

Para conservar esta característica de la calidad migratoria de inmigrante, el inversionista deberá acreditar que mantiene el monto mínimo de inversión a que se refiere el reglamento de la Ley General de Población.

PROFESIONAL.- Es el inmigrante autorizado para ejercer una profesión. En el caso de que se trate de profesiones que requieran título para su ejercicio se deberá cumplir con lo ordenado por las disposiciones reglamentarias del artículo 5o. Constitucional en materia de profesiones. En relación a esta característica migratoria se puede leer una jurisprudencia muy interesante a través e la cual se delimitan perfectamente las funciones de las autoridades migratorias y de educación.

Jurisprudencia
Séptima época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo III, Parte TCC
Página: 534

PROFESIONES, DIRECCIÓN GENERAL DE. CARECE DE FACULTADES PARA ESTABLECER LA CALIDAD MIGRATORIA DEL PROFESIONISTA EXTRANJERO. La determinación de la calidad migratoria de los extranjeros corresponde a la Secretaría de Gobernación, de conformidad con lo que al respecto establece la Ley General de Población, y no a la Dirección General de Profesiones, la que al ejercer las facultades y obligaciones que le otorga la ley de su materia no debe condicionar la expedición de la cédula profesional solicitada por un extranjero al cumplimiento por parte de éste de lo preceptuado en la Ley General de Población. Lo anterior, aun cuando el artículo 67 de la Ley General de Población faculta a todas las autoridades del país a exigir a los extranjeros que realicen trámites ante ellas que comprueben su calidad migratoria, pues, como al principio se asentó, es a la Secretaría de Gobernación a la que corresponde calificar y resolver sobre esa calidad, y la Dirección General de Profesiones solamente está obligada a notificar a la Secretaría de Gobernación respecto a los trámites que ante ella realizan los profesionistas extranjeros para que en su caso dicha Secretaría les permita su estancia en el país con la autorización para el ejercicio de sus profesiones. Debe precisarse, además, que la expedición de la cédula profesional no constituye un permiso para permanecer en el país y la Dirección General de Profesiones, al expedir dicha cédula a los extranjeros que hayan cumplido con los requisitos de la Ley Reglamentaria de los Artículos 4o. y 5o. Constitucionales, no infringe ningún precepto de la Ley General de Población.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Séptima Época:

Amparo en revisión 685/83. Néstor Juan Sella Flores. 5 de marzo de 1984. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1550/84. Rafael Orlando López Cardosa. 26 de abril de 1984. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 405/83. Luis Antonio González Camacho. 16 de noviembre de 1984. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1065/84. Carmen Elizabeth Viale Durand. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 995/84. Jorge Eleodoro Caso Casali. Unanimidad de votos.

CARGOS DE CONFIANZA.- Es el que se otorga para asumir cargos de dirección, de administrador único u otros de absoluta confianza en empresas o instituciones establecidas en la República, siempre que a juicio de la Secretaría de Gobernación no haya duplicidad de cargos y que el servicio de que se trate amerite la internación al país.

CIENTÍFICO.- Característica de calidad de migrante para dirigir o realizar investigaciones científicas, para difundir sus conocimientos científicos, preparar investigadores o realizar trabajos docentes, cuando estas actividades sean

realizadas en interés del desarrollo nacional a juicio de la Secretaría de Gobernación, tomando en consideración la información general que al respecto le proporcionen las instituciones que estime conveniente consultar.

TÉCNICO.- La secretaría lo otorga para realizar investigación aplicada dentro de la producción o desempeñar funciones técnicas o especializadas que no puedan ser prestadas, a juicio de la Secretaría de Gobernación, por residentes en el país.

La entrada y permanencia en el país de técnicos y científicos por más de seis meses será condicionada por la Secretaría de Gobernación para que difundan lo conocimientos de su especialidad mediante cátedras y conferencias ante las instituciones que así lo soliciten (artículo 49 de la Ley General de Población).

Los investigadores que realicen estudios técnicos o científicos en el país están obligados a dar un ejemplar de ella a las autoridades de la Secretaría de Gobernación, aún cuando haya de perfeccionarse e imprimirse fuera de territorio nacional.

FAMILIARES.- Es el que se otorga para vivir bajo la dependencia económica del cónyuge o de un pariente consanguíneo, inmigrante, inmigrado o mexicano en línea recta sin límite de grado o transversal hasta el segundo.

Los inmigrantes familiares podrán ser autorizados por la Secretaría de Gobernación para realizar aquellas actividades determinadas en el Reglamento. Los hijos y hermanos extranjeros de los inmigrantes, inmigrados o mexicanos, sólo podrán admitirse dentro de esta característica cuando sean menores de edad, salvo que tengan impedimento debidamente comprobado para trabajar o estén estudiando en forma estable.

ARTISTAS Y DEPORTISTAS.- Es la que se otorga para realizar actividades artísticas, deportivas o análogas, siempre que a juicio de la Secretaría dichas actividades resulten benéficas para el país.

ASIMILADOS.- Se otorga para realizar cualquier actividad lícita y honesta, en caso de extranjeros que hayan sido asimilados al medio nacional o hayan tenido o tengan cónyuge o hijo mexicano y que no se encuentren comprendidos en las fracciones anteriores, en los términos que establezca el Reglamento.

1.3.3 INMIGRADO.

Inmigrado es el extranjero que adquiere derechos de residencia definitiva en el país, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley General de Población. Los Inmigrantes que residan legalmente en el país durante cinco años, podrán adquirir la calidad migratoria de *Inmigrados*, siempre que hayan cumplido cabalmente con las normas de la Ley General de Población y su reglamento y que sus actividades hayan sido honestas y positivas para la comunidad. Mientras se resuelve la petición del solicitante en torno a su cambio de calidad migratoria, el interesado seguirá conservando la de Inmigrante.

El inmigrado puede realizar cualquier actividad lícita, con las limitaciones que las leyes impongan. El inmigrado puede entrar y salir al país libremente, pero su permanencia en el extranjero por más de tres años consecutivos lo hace perder su calidad migratoria, lo mismo que si en un lapso de diez años estuviere ausente más de cinco.

CAPÍTULO SEGUNDO. LEY GENERAL DE POBLACIÓN.

2.1 ANÁLISIS DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.

Objetivo de la ley.

Su objetivo está dispuesto en el artículo 1º del ordenamiento y consiste en 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.

Se entiende que la población como uno de los elementos que conforman el Estado debe cuidarse en todos sus aspectos, y para ello, el gobierno debe establecer políticas públicas coherentes atendiendo a las necesidades de la población asentada en su territorio. Debe tomar en cuenta su composición, estructura, edad, raza, religión, costumbres, etc.

Órganos encargados de aplicarla.

Corresponde a la Secretaría de Gobernación dictar, promover y coordinar en su caso, las medidas adecuadas para resolver los problemas demográficos nacionales, de acuerdo a las facultades y atribuciones que para ello se dispongan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias.

La Secretaría de Gobernación junto con otras entidades públicas está encargada de tomar y ejecutar una serie de medidas, todas ellas relacionadas con la población nacional, entre las que se destaca, para los efectos del presente trabajo: Sujetar la inmigración de extranjeros a las modalidades que juzgue pertinentes, y procurar la mejor asimilación de éstos al medio nacional y su adecuada distribución en el territorio; facultad que está prevista en la fracción VII del artículo 3º de la Ley General de Población.

En relación a los asuntos migratorios, a la Secretaría de Gobernación compete: a) Organizar y coordinar los distintos servicios migratorios; b) Vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros, y revisar la documentación de los mismos; c) Aplicar la Ley General de Población y su Reglamento; y todas las que le atribuyan otras leyes y normas reglamentarias, según lo dispone el artículo 7º de la Ley General de Población.

Es facultad exclusiva de la Secretaría de Gobernación fijar los lugares destinados al tránsito de personas y regular el mismo, oyendo la opinión de otras dependencias tales como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, Salud, y Relaciones Exteriores, aunque como lo ordena la ley, la decisión la toma únicamente la Secretaría de Gobernación. Es por ello que, el tránsito internacional de personas por puertos, aeropuertos y fronteras, sólo podrá efectuarse por los lugares designados para ello y dentro del horario establecido, con la intervención de las autoridades migratorias, tal y como lo establece el artículo 1º de la Ley General de Población.

Por su puesto que lo anterior significa una limitación a la libertad de tránsito del individuo; sin embargo la protección de nuestras fronteras es un asunto de interés colectivo, público, por lo que el interés jurídico de una persona se debe sujetar al interés de los demás miembros de la comunidad. Precisamente por esa razón, toda persona que desee entrar al territorio nacional mexicano deberá satisfacer los requisitos legales, pues de lo contrario no podrá internarse; esta obligación no solo está dirigida a los extranjeros, sino también a los mexicanos que salgan del país, quienes antes de ingresar deben acreditar su nacionalidad.

El personal de los servicios migratorios de la Secretaría de Gobernación junto con la Policía Federal Preventiva están facultados para inspeccionar la entrada o salida de personas en cualquier forma que lo hagan, sin importar que se trate de transportes nacionales o extranjeros, marítimos, aéreos o terrestres, en las costas, puertos, fronteras y aeropuertos de la República mexicana.

No solo las autoridades migratorias y policíacas tienen la obligación de vigilar la legal entrada de la gente a nuestro país, sino que también corresponde a las empresas de transportes terrestres, marítimos o aéreos, a través de sus propios funcionarios, inspeccionar la documentación de las personas que transporten. Los extranjeros que no cumplan con los requisitos legales para su internación y se hallen en los medios de transporte deberán salir del país por cuenta de la empresa de transportes que propició su internación, quienes se harán a creedores a las sanciones que prevenga la ley.

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, pues la contribución que ellos pueden aportar a la cultura y economía nacional es tan importante que al gobierno conviene fomentar su duradera estancia y assimilarlos convenientemente.

Cabe señalar que algunas de las disposiciones contenidas en la Ley General de Población son letra muerta, pues las autoridades no han encontrado la forma de hacerlas cumplir a carta cabal; es más, deben tomarse una serie de medidas paralelas, precisamente por el divorcio que hay entre la ley y la realidad. A manera de ejemplo cito el artículo 79 de la Ley General de Población, que a la letra dispone:

“Cuando se trate de trabajadores mexicanos, será necesario que comprueben ir contratados por temporalidades obligatorias para el patrón o contratista y con salarios suficientes para satisfacer sus necesidades.

El personal de Migración exigirá las condiciones de trabajo por escrito, aprobadas por la Junta de Conciliación y Arbitraje dentro de cuya jurisdicción se celebraron y visadas por el Cónsul del país donde deban prestarse los servicios.”

Si bien es cierto, el tema que nos ocupa no es la emigración de los mexicanos hacia los Estados Unidos de Norteamérica, es palpable como el

mandato de la ley es uno, mientras que en la realidad otra cosa es la que se percibe.

Sanciones.

Toda vez que la Ley General de Población abarca distintos aspectos al de la inmigración no tiene sentido abordar todo el contenido de la ley, y tampoco sería coherente abordar todo el régimen de sanciones, ya que algunas de ellas se imponen por la violación a preceptos que no tienen que ver con la materia que nos ocupa en el presente trabajo de investigación. Según lo dispone el artículo 113 de la Ley General de Población, los empleados de la Secretaría de Gobernación serán sancionados con suspensión de empleo hasta por treinta días o destitución en caso grave, cuando, entre otras conductas: Dolosamente o por grave negligencia entorpezcan el trámite normal de los asuntos migratorios; por sí o por intermediarios intervengan en la gestión de los asuntos a que se refiere esta Ley o patrocinen o aconsejen la manera de evadir las disposiciones y trámites migratorios a los interesados; dolosamente hagan uso indebido o proporcionen a terceras personas documentación migratoria, sin autorización de la Secretaría de Gobernación.

La participación de funcionario de la Secretaría de Gobernación, especialmente, del Instituto Nacional de Migración en el tráfico de personas indocumentadas en nuestro país es pan de todos los días. Pese a los esfuerzos realizados por el Gobierno Federal en materia de profesionalización del personal de sus dependencias, aún se sigue sabiendo de casos de corrupción; incluso de la participación directa de algunos servidores públicos en la delincuencia organizada.

Autoridades de cualquier esfera de gobierno que incurran en violaciones a la Ley General de Población o a sus reglamentos, que no constituyan delitos, serán sancionados con multa hasta de cinco mil pesos y destitución en caso de reincidencia.

Cualquier persona, sin importar que se trate de servidor público o no, que auxilie, encubra o aconseje a cualquier individuo violar las disposiciones de la Ley General de Población y su Reglamento en materia que no constituya delito, se hará acreedor a una multa hasta de cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumar la conducta, o bien arresto hasta por treinta y seis horas si no pagare la multa.

Asimismo, la persona que en materia migratoria presente o suscriba cualquier documento o promoción con firma falsa o distinta a la que usualmente utiliza, se hará acreedor a una multa hasta de doscientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumar la conducta, o bien arresto hasta por treinta y seis horas si no pagare la multa, sin perjuicio de las penas en que incurra cuando ello constituya un delito.

Estoy de acuerdo en que se debe hacer uso de distintos métodos legales para evitar que los extranjeros que no reúnan los requisitos fijados por la ley sean expulsados del territorio; sin embargo, en todo momento se debe observar la coherencia de las sanciones. Por ejemplo, la imposición de multas a los extranjeros que no hayan cumplido la orden de la Secretaría de Gobernación para salir del territorio nacional dentro del plazo que para el efecto se le fijó, por haber sido cancelada su calidad migratoria, es ilógica puesto que no hay manera legal posible que permita al gobierno mexicano se garantice el pago de la multa correspondiente.

En el régimen sancionatorio de la Ley General de Población se mezclan las infracciones administrativas y sus sanciones, con los delitos y sus penas, por lo que habré de diferenciarlos al tenor de lo siguiente:

La distinción de la sanción administrativa y de la pena la encontramos en el artículo 21 constitucional, en el que se ordena:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa y arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente; que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuere jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente de un día de su ingreso...”

Para *Alfonso Nava Negrete*, la sanción administrativa “*es el castigo que imponen las autoridades administrativas a los infractores de la ley administrativa.*”²⁵

Para que exista una infracción administrativa debe haber una conducta humana, dolosa o culposa, con la que se violen los preceptos de la normatividad administrativa, que le impone la obligación de dar, hacer o no hacer, que se evidencia como un incumplimiento a sus obligaciones de carácter administrativo.

El sujeto activo es siempre el autor de la conducta antijurídica, puede ser persona física o moral. El sujeto pasivo siempre será un órgano de la administración pública de cualquier esfera de gobierno; esta debe resultar lesionada en sus intereses o patrimonio, consecuentemente dicha autoridad tiene la potestad de imponer la sanción establecida en la ley de acuerdo a la gravedad del ilícito (principio de proporcionalidad). Otro sujeto pasivo puede ser la sociedad en su conjunto, cuando se lesionan bienes jurídicos inherentes a la misma, tales como la paz social y la seguridad de sus miembros.

²⁵ **NAVA NEGRETE**, Alfonso, “Diccionario de Derecho Administrativo”, Porrúa - UNAM. México; 2003. p. 248.

El objeto de la infracción es la conducta indebida desplegada por el sujeto activo, que contraviene el ordenamiento jurídico administrativo, que al ser descubierta por la autoridad gubernamental competente provoca que actúe en consecuencia mediante la imposición de una sanción, previos los trámites legales que garanticen al gobernado ser escuchado en su defensa.²⁶

En relación a los delitos y las penas previstos en la Ley General de Población los autores *Acosta Romero y López Betancourt* no comparte la idea de reconocer el llamado Derecho Penal Administrativo; ya que en su opinión los delitos previstos en las leyes administrativas forman parte del derecho penal y no del administrativo, en base a las siguientes consideraciones: Los delitos previstos en las leyes administrativas (como en el caso de la Ley General de Población) forman parte del derecho penal y no del administrativo; el derecho de las infracciones administrativas tiene una metodología completamente distinta al derecho penal, por lo que el derecho de las infracciones administrativas debe constituir una rama especializada del derecho administrativo.

El ilícito constituye un género, mientras que el delito o la infracción administrativa tan solo pueden ser algunas de sus especies. El complejo sistema jurídico mexicano previene distintos tipos de hechos y de actos que pueden considerarse ilícitos, por lo que sus sanciones llegan a ser muy variadas, en tal virtud estas pueden ser: la privación de la vida, de la libertad, la nulidad, la rescisión, la suspensión, la imposición de una multa, la clausura, la revocación de permisos, de licencias y autorizaciones, el pago de una indemnización, etc. En este orden de ideas, el género tendrá diferentes categorías y a cada una de éstas le corresponderá una sanción diferente que será de acuerdo con la materia específica que regule el ilícito, es decir, el género siempre será la ilicitud del acto o

²⁶ Cfr. **SÁNCHEZ GÓMEZ**, Narciso, “Segundo Curso de Derecho Administrativo”, 2ª edición, Porrúa. México; 2002. pp. 381 - 383.

del hecho, mientras que la especie será la regulación específica en que se contenga la sanción prevista para tal ilícito.²⁷

2.2 TRÁFICO DE INDOCUMENTADOS Y CRIMEN ORGANIZADO.

Basta el hecho de que la conducta humana, a través de acciones o omisiones que rebasen las fronteras de un solo Estado, incurra en la vulneración de bienes jurídicamente tutelados que requieren la aplicación de una sanción rigurosa para que se esté en presencia de un delito internacional.²⁸

*“El delito internacional es la acción u omisión que puede ser sancionada por una norma jurídica interna o por una norma jurídica internacional, o por ambas, cuando se rebasan las fronteras de un solo Estado en el impacto originado por la conducta tipificada como infracción penal”.*²⁹

Alicia Gil Gil opina que el derecho penal internacional implica una responsabilidad del individuo, la que considera como única posible en el derecho penal, dado que las personas jurídicas, son incapaces de toda acción u omisión que interese a esta rama de la ciencia jurídica; es más, ni siquiera están en la aptitud de realizar el primer elemento del delito (conducta), y por tanto no son susceptibles de que se les imponga medida de seguridad alguna que pertenezca a este ámbito del derecho.³⁰

El *Dr. Owen G. Usinger*, afirma que los delitos internacionales pueden ser cometidos por los Estados o los órganos de estos pero realizados por individuos o grupos de individuos. Para este autor la infracción internacional comprende la comisión u omisión de todos los actos peligrosos, que por su naturaleza importan

²⁷ Cfr. **ACOSTA ROMERO**, Miguel y **LÓPEZ BETANCOURT**, Eduardo, “Delitos Especiales”, 6ª edición, Porrúa, México; 2001, pp. 18.

²⁸ Cfr. **ARELLANO GARCÍA**, Carlos, “Segundo Curso de Derecho Internacional Público”, 2ª edición. Porrúa, México, 1998. p. 865.

²⁹ *Ibíd.* p. 866.

³⁰ Cfr. **GIL GIL**, Alicia, “Derecho Penal Internacional”, Editorial Tecnos. España; 1999. Pp. 41 a 43.

una violación al derecho internacional, perturbando las relaciones interestatales y agravando la conciencia jurídica de la comunidad internacional.

Este autor hace una clasificación de los delitos internacionales de la siguiente forma:

- a) Delitos internacionales *estricto sensu*, como aquellos actos antijurídicos cometidos por los órganos estatales pero imputables al Estado.
- b) Delitos de derecho internacional que se consideran constituidos por hechos antijurídicos cometidos por particulares en contravención al derecho internacional. Entre ellos menciona el **tráfico ilícito de personas**, así como el comercio de alcaloides y estupefacientes.³¹

La delincuencia ha sufrido una evolución a lo largo de las últimas décadas; de la pandilla característica de las sociedades rurales, se pasa a la asociación delictuosa de tipo urbano, para posteriormente constituirse a manera de una organización criminal como si se tratara de una empresa. Lo cual lleva a hablar de la delincuencia como empresa transnacional lucrativa. En la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada que tuvo lugar en Nápoles, en el año de 1994 se habló de que el delito es la actividad comercial de mayor relevancia en el mundo.

Las organizaciones criminales que han trascendido mas allá de sus fronteras, y que han tenido su origen en diversos países han sido denominadas: Camorra, mafia, cosa nostra, entre otras.³²

Además, la víctima ya no es un individuo particularizado; toda vez que como la delincuencia opera de forma distinta, ha modificado el panorama sobre este aspecto del delito. Hoy en día existen delitos que cobran sus víctimas entre miles y millones de personas, a las que los delincuentes no conocen y cuya

³¹ Cfr. Enciclopedia jurídica OMEBA. Tomo VI. DEFE – DERE., Driskill, Argentina; 1979. p. 428.

³² Cfr. **GARCÍA RAMÍREZ** y otros, “Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada”, Instituto de la Judicatura Federal. México; 1998. p. 17.

identidad resulta totalmente intrascendente para ellos. Además, surgen nuevos ofendidos en tanto surgen nuevos intereses en riesgo; ya que ahora son víctimas del delito, la sociedad, el Estado y la comunidad internacional.³³

Sobre la delincuencia y sus métodos el licenciado *Juan N. Silva Meza* señala que la delincuencia ha crecido en cantidad y en calidad; incluso comenta, que se podría decir que ha crecido de forma geométrica, en tanto que pareciera que los métodos para prevenirla evolucionan de forma aritmética.

La delincuencia ha crecido en cuanto al número de sus integrantes, pero también en cuanto a la sofisticación de sus métodos para operar, especialmente, en la llamada delincuencia organizada, en que la planificación abarca desde la forma de la comisión de los hechos típicos, hasta los sistemas para legalizar los productos que se obtienen a través de la actividad delictiva.³⁴

Para *Jesús Martínez Garneño* *“el crimen organizado, al igual que el delito grave y otras tantas acciones delictivas como el secuestro, robo de vehículos, ya no solo representa en sí un fenómeno de trascendencia de ésta época, porque ya no solo el narcotráfico, el robo de autos o el asalto a bancos, sino que se agravó con el aumento de los secuestros, el tráfico de armas y personas, la violación de los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial, el asalto a los transportistas, el robo a casas, etc., que prácticamente son incontrolables y pero aún, no se ha logrado combatir con la eficacia necesaria”*.³⁵

René González de la Vega es de la opinión que dentro del marco de un nuevo orden mundial, hay ciertamente, una integración internacional de flujos económicos, tecnológicos, migratorios, mercantiles y de naturaleza análoga.

³³ Cfr. *Ibíd.* P. 18.

³⁴ Cfr. Citado por *ibíd.* p. 69.

³⁵ **MARTÍNEZ GARNEÑO**, Jesús, “Seguridad Pública Nacional. Un sistema Alternativo de Política Criminológica en México”, Porrúa. México; 1999. P. 215.

*“En esta época emergen grupos o asociaciones que operan sin fronteras y se desarrollan en los más diversos ámbitos; así los hay de índole profesional, cultural, científica, económica o mercantil: Por supuesto, dentro de este fenómeno surgen nuevos tipos de asociaciones de delincuentes, quienes trabajan de una forma mucho más eficaz”.*³⁶

La alta capacidad financiera de esta nueva criminalidad, su evidente capacidad corruptora, de infiltración, de reclutamiento; su forma de cohesión y de moral de grupo, convierte a estos delincuentes, en grupos casi imbatibles dentro de sus propios terrenos.³⁷

Es cierta la afirmación del Dr. *Sergio García Ramírez* en el sentido de que la delincuencia organizada puede revestir la figura de una persona moral, o que se valga de ella para el manejo de los productos obtenidos mediante las actividades delictivas de la organización, e incluso señala, que de manera frecuente este tipo de organizaciones persiguen fines de lucro.³⁸

Las organizaciones criminales de nuestros días usan sofisticados medios de comunicación y aprovechando los recursos financieros que les deja su actividad criminal, los invierten en gran medida a la profesionalización de su gente, así como en la renovación de su equipo de trabajo.

La criminalidad llevada al plano empresarial, sigue la misma tendencia que las actividades lucrativas de índole legal; para estas organizaciones ya no hay fronteras, y se tejen redes impresionantes de corrupción dentro y fuera de las instituciones gubernamentales a cualquier nivel en el mundo entero, lo cual involucra a quienes aparentemente luchan contra la delincuencia organizada.

³⁶ Cfr. **GONZÁLEZ DE LA VEGA**, René, “La Lucha Contra el Delito; Reflexiones y Propuestas”, Porrúa, México; 2000. p. 27.

³⁷ Cfr. *Ibíd.* P. 30.

³⁸ Cfr. **GARCÍA RAMÍREZ**, Sergio, “Delincuencia Organizada; Antecedentes y Regulación Penal en México”, 2ª edición. Porrúa, México; 2000. p. 31.

Bajo este marco, los delitos ya no se cometen de forma espontánea y casi impreparadamente; ahora se requiere de la planeación minuciosa por parte de los integrantes de estos grupos perpetrar sus actividades típicas, vulnerando las fronteras; perpetrando un delito, en cualquier país del mundo, cometiendo una fase del mismo en otro, haciendo uso de sujetos menores de edad, que para los efectos legales en muchos países del mundo se les trata como inimputables, y finalizando la conducta típica delictiva en un tercer país; además de ocupar una gran cantidad de gente para ello.

El fenómeno de la migración no es un problema nuevo, así como tampoco es novedosa la migración forzada ni la actividad de traficar con seres humanos, desde la esclavitud hasta la trata de mujeres y niños. La novedad es la magnitud del problema, del cual ningún país parece escaparse, siendo objeto de inmigración, emigración o trasmigración, o reuniendo varias de estas características a la vez.

Novedoso, también resulta la aparición del crimen organizado, que se aprovecha de este fenómeno, extendiendo sus redes y obteniendo extraordinarias ganancias. Sin embargo, el asunto, no parece ser apreciado en toda su dimensión, siendo que las medidas existentes para combatirlo son escasas y aisladas, las legislaciones permisivas y sus sanciones son leves, pese a que se encuentra causando serios problemas y provocan graves daños a los migrantes indocumentados, quienes son víctimas de un sinnúmero de abusos.³⁹

Generalmente, las condiciones del viaje son incómodas y peligrosas, la situación económica es incierta y mal remunerada en comparación con los nacionales que prestan el mismo servicio, y su habitar suele ser insalubre; además de que se encuentran al margen del goce de casi cualquier derecho. Sus derechos humanos los hacen a un lado, incluso, la dignidad, por un poco de dinero para

³⁹ Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, Luis, Revista Criminalia del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Migración y Crimen Organizado en Centro y Norteamérica, Año LXIII, No. 2; México; D.F., Mayo – Agosto de 1997. p. 166.

subsistir, y en el mejor de los casos para enviar a sus familias ubicadas en los lugares de donde provienen.

A pesar de estas circunstancias tan penosas que pasan los migrantes, los movimientos migratorios siguen en aumento y el tráfico crece, en virtud de que las posibilidades de migración legal se han reducido en muchos países, se ha limitado el derecho de asilo y ha aumentado el control fronterizo. Los migrantes todo lo aguantan por terminar con la hambruna de sus familias. Ellos solo desean algo que llevar a comer a sus casas, a cambio de su mano de obra. Pocos son los que han sido preparados para trabajos calificados, la gran mayoría pretende trabajar en el campo, o en la industria en los quehaceres generales, mientras logran escalar dentro de la estructura orgánica de la empresa.

Es indudable que el fenómeno de la migración se ha convertido en un atractivo negocio para el crimen organizado.

En la región centroamericana tenemos que los movimientos migratorios se deben a dos motivos principales:

- El primero de ellos tiene que ver con las guerras internas, movimientos armados y la falta de seguridad.
- El segundo ha sido la adopción de políticas que solo han provocado el gradual empobrecimiento de estos países.

Ante un ambiente de inseguridad y de extrema pobreza, tanto Canadá como los Estados Unidos se han convertido en paraísos de paz, libertad, y un futuro económico cierto; México es visto como una buena opción, y por tal motivo, no solo es un lugar de paso de indocumentados hacia los países del hemisferio Norte, sino que muchos de los migrantes tienen como objetivo algunas de las principales ciudades de la república mexicana.

La corriente migratoria se desplaza de sur a norte, no solo de nativos centroamericanos sino también de sudamericanos, quienes utilizan el territorio de América central como ruta natural hacia el país de destino, que siempre será al norte. A este gran éxodo, se unen migrantes de la región del Caribe y gente que viene del lejano oriente. Para internarse en México se realizan viajes legales e ilegales; los primeros son relativamente sencillos por la facilidad que hay para conseguir visas y los acuerdos entre los diversos países, como consecuencia de la aplicación de una política de integración regional con visa libre. Para hacer estos viajes existe múltiples redes, tanto formales como las informales, legales e ilegales, criminales y no criminales. Los recursos existentes para hacer frente a este problema en la región son muy escasos, lo que facilita la proliferación del fenómeno de la migración de indocumentados.

2.3 TRASCENDENCIA SOCIAL.

La delincuencia organizada trasciende en diversos ámbitos, dentro de los que se destacan; el político, económico, social y cultural. Los efectos que genera son múltiples. La delincuencia organizada se vale de todos los medios que tiene a su alcance y busca los que no lo estén para el desarrollo de sus operaciones.

Los principales efectos de la actividad de la delincuencia organizada se refleja en el desarrollo de las siguientes conductas:

Operaciones con recursos de procedencia ilícita. A través de los mecanismos financieros y comerciales lícitos se pretende disfrazar el dinero habido por actividades ilícitas, como por ejemplo la creación de nuevas empresas. La conducta delictiva de operaciones con recursos de procedencia ilícita es la actividad encaminada a darle carácter legítimo a los bienes que se obtienen por la comisión de delitos. *Jesús Cerda Lugo* pone énfasis en el carácter accesorio del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, pues para que este surja es necesaria una actividad ilícita previa que genera ganancias a sus autores. Sobre todo en países con políticas económicas abiertas es mucho más difícil detectar las operaciones que se realizan con dinero proveniente de las actividades

delincuenciales. El Estado al permitir libremente a los particulares la generación de empresas de empleos y de utilidades cultiva el campo dentro del cual, las organizaciones criminales limpian el dinero mal habido mediante actividades ilícitas. Las operaciones que se desarrollan en la banca y la bolsa de valores son las que mayor control tienen por el gobierno; pero hay tantas formas y mecanismos que la delincuencia puede utilizar para lavar el dinero mal habido que los esfuerzos realizados hasta ahora han sido insuficientes para detectar el monto total que se obtienen en la delincuencia. La construcción de desarrollos turísticos y habitacionales son un buen albergue para el dinero obtenido por la delincuencia; el financiamiento de las campañas políticas, los casinos. No hay que olvidar que nuestro floreciente comercio informal es un buen sitio en el que se puede lavar el dinero de la delincuencia.

Fuga de capitales.- Sobre todo en época de crisis financieras en países denominados en vías de desarrollo, una gran fuga de capitales se genera, yendo a parar en los llamados paraísos fiscales. También en crisis políticas se puede advertir la gran salida de capitales hacia otros países; pero la salida de dinero sin control, del sistema financiero mexicano que debilita la economía tiene como origen los medios que se utilizan para su obtención. Las personas que pueden probar fácilmente el origen de su dinero no temen tanto a estas turbulencias; por el contrario, quienes no lo pueden comprobar son los que están tentados a sacar su dinero del país.

Creación de compañías fantasmas.- Hay compañías que en la realidad no generan ganancias; sin embargo a través del dinero de la delincuencia se disfrazan el estado real de la compañía, reportando utilidad y facturando bienes y servicios que en la realidad nunca se han producido. Es muy difícil detectar la creación y funcionamiento de empresas fantasmas, pues la fachada de las mismas parece ser de una empresa que funciona bajo el marco legal, incluso pagan sus impuestos.

Entre los principales efectos sociales se pueden citar:

La falta de credibilidad en las instituciones del Estado; el incremento de la violencia; violación sistemática de los derechos humanos; menosprecio de las etnias y de las minorías sociales; corrupción, hacinamiento en las prisiones, etc.

En tanto el campesino, el trabajador y el profesionista no encuentren en la realización de actividades lícitas y honestas un modo honesto de vivir, será propenso en caer en las garras de la delincuencia; ya sea como víctima o miembro de las organizaciones criminales. Ante la falta de empleo bien remunerado en nuestro país, la gente ve en el comercio informal, en la delincuencia o emigrando hacia los Estados Unidos medios a través de los cuales puede lograr sus expectativas económicas.⁴⁰

Los llamados “polleros” aprovechan la enorme necesidad de trabajo de las personas que necesitan emigrar de un país a otro en busca de oportunidades económicas que le permitan a la gente y sus familias aspirar a una mejor calidad de vida. Sin embargo, algo que llama la atención es que en los lugares donde operan, muchas veces, no son vistos como delincuentes; sino como héroes, como personas capaces de lograr las aspiraciones de la gente que deposita su confianza en ellos.

La actividad que desarrollan, al no ser mal vista por la gente de las comunidades donde operan son escondidos de las autoridades que les buscan; fomentan la impunidad y la emigración a otros países, por lo que la gente en edad productiva de esas comunidades deja de trabajar ahí para desplazarse a otros países. Es curioso ver en comunidades apartadas, en el interior de la República el flujo de dinero sin una actividad económica que la respalde. Es dinero de las remesas que envían los trabajadores foráneos a los lugares en donde radica su familia.

⁴⁰ Cfr. **CERDA LUGO**, Jesús, “Delincuencia Organizada”, Universidad Tecnológica de Sinaloa, México, 1999. pp, 85 a 96.

Cabe señalar que este panorama no es exclusivo del campo mexicano, sino de otros países de Centro y Sudamérica, por lo que el tráfico de indocumentados es un problema internacional, cuya solución depende de las políticas gubernamentales de varios países unidos y coordinados, y no de su esfuerzo aislado.

En el continente americano el principal lugar hacia donde la gente emigra son los Estados Unidos de Norteamérica, y en menor grado, Canadá y México. En la medida en que siga operando una economía sumamente desigual y la influencia de los Estados Unidos en la cultura de otros países, el fenómeno de la emigración seguirá siendo un problema de los países latinoamericanos.

La solución al problema de la emigración en el continente americano no está en la represión; sino en la mejor distribución de la riqueza entre los países. Los Estados Unidos se precian de ser la potencia número uno del mundo; esa fama tiene un precio, que la gente de otros países quiera ser parte del fenómeno norteamericano. México, por su situación geográfica es un lugar de paso, puesto que la mayor parte de los indocumentados detenidos en nuestro país tienen como meta los Estados Unidos.

El campo de cultivo de las operaciones ilícitas de los traficantes de personas en México es:

- Una distribución injusta de la riqueza en distintas regiones del mundo, sobre todo en el continente americano;
- El bajo nivel educativo de la mayoría de la población;
- La concentración de la riqueza y de las oportunidades de trabajo en zonas específicas del continente, sobre todo, en los Estados Unidos;
- La falta de una política global de libre tránsito de personas en el continente;
- La corrupción;
- Impunidad.

Mientras todos estos elementos estén vigentes, el gobierno mexicano solo podrá combatir el internamiento ilegal de personas provenientes de otros países mediante la represión, combatiendo la corrupción e impunidad policíacas; sin embargo estos no son los principales elementos que se deben atacar para combatir el problema.

A su vez, el tráfico ilegal de persona genera otro tipo de consecuencias, tales como:

- El incremento de la falsificación de documentos;
- La simulación de estados civiles, pues mucha gente se casa con extranjeros para obtener su nacionalidad y así obtener la legal estancia en el lugar a que se arriba;
- Se vacían los centros de población rural;
- El envejecimiento de las zonas rurales;
- Se incrementa el robo a transeúnte;
- Incremento de la corrupción policíaca;
- Incremento de violaciones y de muertos.

2.3.1 CIRCUNSTANCIAS GEOGRÁFICAS Y DESIGUALDAD ECONÓMICA COMO FACTOR PREDOMINANTE DEL PROBLEMA MIGRATORIO.

Un tema con estrechos vínculos con el anterior es de la distribución de la riqueza ante la globalización, y es que como ya se ha visto, en lugar de ver un crecimiento económico homogéneo, o al menos, no tan desigual, se advierte el crecimiento de la brecha entre los ricos y los pobres, desapareciendo paulatinamente la clase media, por lo menos, en los países subdesarrollados, como lo es el nuestro.

La desigualdad social tal vez sea mayor que nunca, y la riqueza se concentra cada vez más en una pequeña minoría, mientras que la llamada pobreza extrema se extiende de forma dramática y aqueja a millones de personas. Este fenómeno no es privativo de los países tercermundistas, sino que además es

una realidad en los países industrializados. Esto atenta contra la democracia y prueba que no puede ser un modo de vida, puesto que aún en estos pobres hay la esperanza de obtener un ingreso estable que le permita vivir de una forma decorosa y ejercer sus derechos fundamentales.⁴¹

Siendo el problema de la desigualdad, uno de los que afectan a todos los países del mundo, unos en menor medida que otros, debido a la injusta repartición de la riqueza, incrementado al hecho de un menor monto de inversión en planes y programas sociales por los gobiernos, hiere de una forma irreversible la economía y condiciones sociales de las clases desprotegidas; de aquellas que viven de su trabajo, y que tan solo la mano de obra les da para vivir. Personalmente considero que una mejor distribución de la riqueza, mediante la cual se promueva el consumo interno de los países centroamericanos, aparejado de medidas económicas que redunden en el mayor poder adquisitivo de la clase trabajadora, evitarían en gran medida la emigración de su población en edad productiva hacia países como los Estados Unidos o México.

Circunstancias geográficas de México. México se encuentra al sur de los Estados Unidos; prácticamente la mayor parte del territorio americano está hacia el sur de la potencia número uno del mundo. Nuestra cercanía a Estados Unidos de América tiene ventajas y desventajas. Entre las primeras se destaca nuestra sociedad comercial, aunque no con todas las ventajas que supuestamente traería para nuestro país, la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

La principal desventaja que reporta nuestra proximidad a los Estados Unidos, es que dada la importancia que tiene el vecino país del norte y la situación de pobreza que se vive en centro y Sudamérica; un porcentaje muy alto de personas que buscan oportunidades de trabajo fuera de su lugar de origen buscan

⁴¹ Cfr. **AGUILAR MONTEVERDE**, Alonso y otros, "México y América Latina: Crisis, Globalización y Alternativas: Problemas Económicos", Asociación por la Unidad de Nuestra América, editorial Nuestro tiempo. México; 1998. P. 88.

emigrar hacia los Estados Unidos, por lo que necesariamente deben transitar por territorio mexicano.

Toda vez que Estados Unidos de América mantiene una política migratoria muy restringida, un porcentaje muy bajo de emigrantes transitan hacia Estados Unidos de América con sus documentos en regla, mientras que la gran mayoría lo hace de forma ilegal. En el mapa que se encuentra debajo de estas líneas se puede apreciar la posición geográfica que guarda México respecto de los Estados Unidos.



Mientras no se abran las fronteras entre los países del continente americano, y se genere una zona de libre comercio de las Américas, en donde todos los países logren ventajas económicas que les permita el desarrollo

económico interno y lograr el aumento de la calidad de vida de su población, la población marginada del continente americano buscará en los Estados Unidos las oportunidades de trabajo y de vida que les son negadas en su países de origen, generando con ello que el citado fenómeno migratorio continúe efectuándose, y en el peor de los casos que siga creciendo, originando que se refuercen las medidas de seguridad en las fronteras, como por ejemplo el tan citado “muro de la vergüenza” que pretende crear el gobierno norteamericano, para frenar la internación de ilegales a su territorio.

CAPÍTULO TERCERO. DEL DELITO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.

Existen varias teorías que pretenden explicar el delito en el derecho penal, siendo una de ellas: *“la causalista”*. Para ésta teoría, la acción *“es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior.”*⁴²

Mediante la teoría que se comenta se reputa a la acción como factor causal del resultado, sin importar la intención que tenía el sujeto al efectuarla; para ella, solo importa si el comportamiento movido por la voluntad, ha causado el resultado, sin importar que la voluntad del agente hubiese sido encaminado al cumplimiento del fin delictivo. Para los causalistas, existe acción delictiva cuando el sujeto tiene la voluntad de realizarla, haciendo a un lado la finalidad que el sujeto se proponía. Dicho en otras palabras, para los causalistas, la acción es un quehacer voluntario desprovista de contenido, de un fin (aspecto teleológico).

En ese orden de ideas, el contenido de la voluntad debe aparecer en otro lugar, dentro de la teoría del delito, en la configuración del dolo, como una característica de la culpabilidad, de tal suerte que también podemos hablar de la comisión de delitos imprudenciales.⁴³

La teoría causalista se diferencia básicamente de la finalista en el hecho de que para ésta última no aparece indiferente al contenido de la voluntad del individuo. Para los finalistas, el hombre tiene cierta capacidad para prever, dentro de ciertos límites, los resultados o consecuencias de su acción.

Para la teoría finalista, la acción es considerada (a lo que debe su denominación) siempre para el cumplimiento de una finalidad, de un propósito. La

⁴² **LÓPEZ BETANCORT**, Eduardo, “Teoría del Delito”, 9ª edición, Porrúa, México, 2001. p, 5.

⁴³ *Ibíd.* pp, 5 a 7.

acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final, el legislador únicamente puede prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Además, distingue entre error del tipo y el error de prohibición. Por lo que hace a la antijuridicidad distingue el aspecto formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

A continuación habremos de desarrollar la teoría del delito desde una perspectiva preferentemente finalista en torno al delito previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población.

“ARTÍCULO 123

Se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente al país.”

Afirma *Eduardo López Betancourt* que el delito se conforma de varios elementos parte de un todo. Cita a *Maurach*, para quien el delito es una acción típicamente antijurídica; para *Beling* es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; para *Mayer*, el delito es el acontecimiento típico, antijurídico e imputable; para *Mezger* el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable; para *Jiménez de Asúa* es el acto típicamente, antijurídico y culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.⁴⁴

Nuestro código penal en su artículo 7º define al delito como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”

El estudio de los elementos del delito y su contenido ha sido realizado por diversos juristas desde hace mucho tiempo, por lo que el pensamiento jurídico que

⁴⁴ *Ibíd.* p. 65.

se ha generado sobre el particular ha transitado por distintas etapas y diversas teorías.

Los elementos que lo conforman la teoría del delito de acuerdo al finalismo son:

Positivos	Negativos
1. Acción	Ausencia de acción
2. Tipicidad	Atipicidad o error de tipo
3. Antijuridicidad	Causales de justificación
4. Culpabilidad	Inculpabilidad o Juicio de Reproche

Es bien importante resaltar que cuando se hable de los elementos positivos estamos frente a la existencia del delito, mientras que al tratarse los aspectos negativos nos referimos a su inexistencia.

3.1 ELEMENTOS POSITIVOS.

Acción.

Normalmente, los diversos autores y tratadistas abordan el tema de la acción penalmente relevante haciendo referencia a las dos formas en que se puede manifestar el proceder humano, ya sea mediante una actividad o a través de una inactividad. Esta actividad o inactividad puede ser voluntaria, y además ser calificados, de acuerdo a su contenido en delitos dolosos o culposos. La acción puede concebirse como cualquier actuación desprovista de finalidad, más no de voluntad. Sin embargo, el hecho psíquico no tiene relevancia para el derecho penal si no se concretiza en una acción que se traduzca en el mundo exterior, es decir, no existe delito, por solo pensar la conducta antijurídica.

De forma distinta, para los finalistas, el movimiento o falta de movimiento del sujeto tiene que ver con el elemento psíquico, con la voluntad de producir ciertas consecuencias. En las acciones voluntarias existe la representación de un objetivo o meta que se pretende alcanzar, para luego elegir los medios

considerados idóneos por el sujeto para su debida consecución, la ponderación de las posibles consecuencias accesorias. Determinar en que medida el sujeto percibió la situación en que decidió accionar y que tuvo conciencia de ella, así como las debidas circunstancias es una cuestión que se relaciona con la delimitación interna de las distintas formas básicas de actuar, con el dolo y la culpa, pero que de ninguna manera afecta la calidad de la acción como tal.

Dicho en otras palabras, para la teoría finalista, la acción está basada en el conocimiento que el agente tiene sobre la dirección del proceso causal, de tal suerte que puede prevenir hasta cierta medida las posibles consecuencias de su actividad. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, a diferencia de la causalidad que no es dirigida desde el objetivo, sino que es resultado de los componentes que circunstancialmente han concurrido. Para Hans *Welzel* el dolo es la voluntad finalista de acción dirigida a la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto; en tanto que, las acciones contempladas en sus consecuencias causales y que no llevan de un mínimo de dirección subjetiva finalista caen en el ámbito de los delitos culposos.⁴⁵

En tal virtud, el dolo se ubica dentro de la teoría de la acción otorgándole a la tipicidad un carácter valorativo, puesto que las normas contenidas en los tipos penales no se pueden separar de la acción del agente; lo injusto es la suma de los elementos objetivos y subjetivos, y la culpabilidad constituye un juicio de valor, relacionado con la capacidad de la persona para actuar en otro sentido.

Para el autor *Pavón Vasconcelos* al realizar el estudio de la acción afirma que la influencia del finalismo en la metodología y sistemática del delito ha sido de gran importancia para el derecho penal. Su influencia se advierte en la separación de las acciones dolosas de las culposas, ya que el dolo se confunde con la finalidad en los delitos dolosos; aunque no cabe negar su proximidad conceptual.

⁴⁵ Cfr. **WELZEL**, Hans, “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”, traducido por José Cerezo Mir, B de F, Argentina, 2000. Pp. 160 a 173.

Por lo que afirma que la voluntad es finalista, pero tan pronto dicha voluntad se dirige a la concreción de un tipo se le denomina dolo. Asimismo, dicho autor cita a *Roxín*, para quien la acción es expresión de la personalidad del autor y abarca todas las formas en que se manifiesta la conducta delictiva, tal es el caso de las acciones dolosas, imprudentes, las omisiones, todas ellas son manifestación de la personalidad del individuo. El concepto de acción de *Roxín* toma en cuenta las finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, las valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y solo todas ellas agotan el significado de la palabra acción. Uno no se debe conformar con una parte, con elementos parciales de la misma definición, afirma el jurista.⁴⁶

Siendo esto así, la acción comprende dos coeficientes fundamentales: el físico y el psíquico. El puro elemento físico no basta para integrar la acción en el sentido que interesa al derecho, pues el elemento psíquico es de vital importancia para conocer si la conducta del autor pudo ser en otro sentido.

Pavón Vasconcelos recurre a diversos autores, entre ellos a *Antolisei* y a *Franco Guzmán*, para precisar los coeficientes físico y psíquico de la acción, como a continuación se describe, refiriendo que siendo la acción el elemento del delito que nos ocupa, debemos precisar que la voluntad puede exteriorizarse de dos formas, ya sea por acción, cuando con movimiento corporal voluntario se produce una violación a una norma prohibitiva; y la omisión cuando por una inactividad voluntaria se viola una norma preceptiva (omisión simple) o una norma prohibitiva (comisión por omisión). *Antolisei*, distingue tres fases en el desarrollo de las teorías elaboradas por los autores en torno a la acción. La primera sostiene que la acción tiene una correspondencia absoluta entre la voluntad y el hecho externo. En la segunda, basta que el hombre haya deseado el movimiento corporal o inactividad, sin que fuese indispensable la producción de los efectos deseados, pues incluso, pudo no haberse querido esos efectos. En la tercera, se puede

⁴⁶ Cfr. Citado por **PAVÓN VASCONCELOS**, Francisco, “Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General”, 17ª edición, Porrúa, México, 2004. pp, 205.

prescindir de los elementos determinantes de la voluntad, pues en una gran cantidad de casos la acción no tiene concordancia con la representación, es decir que el acto externo más o menos tenga su origen en el querer, o sea causado por la voluntad. Asimismo, *Antolisei*, sostiene que el concepto de acción es mayor al del acto voluntario, pues el ser humano puede realizar actividad física que comprende los actos voluntarios impulsivos, electivos, así como una serie de actos involuntarios; lo importante es que tenga un valor sintomático para la personalidad del autor, es decir que sea propio de él.⁴⁷

Al citar al doctor *Franco Guzmán* señala que para que la acción u omisión sean producto de la voluntad del sujeto requiere que se le atribuyan; es decir, que los actos sean del mismo sujeto en un orden psicológico.⁴⁸ Esto significa que el elemento psíquico liga a la persona con su acto. En este orden de ideas cabe citar el contenido de la siguiente tesis aislada:

Tipo de documento: Tesis aislada

Novena época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Octubre de 2001

Página: 1118

DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO. PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO. Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

⁴⁷ Cfr. **ANTOLISEI**, Francesco, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, 8ª edición, Temis, Colombia; 1988. Pp. 153 a 157.

⁴⁸ Cfr. Citado por **PAVÓN VASCONCELOS**, Francisco. Op. Cit. pp. 210 a 212

Lo realmente importante en el estudio de la acción dentro de la teoría del delito es conocer y concluir cuál es el tipo de conducta relevante para el derecho penal, ¿aquella que se compone de los elementos físico y psíquico?, ¿o cualquier clase de acción u omisión que produzca efectos externos aunque no exista voluntad en el sujeto?, lo anterior para efecto de evitar tipos penales en la legislación que no sean lógicos y congruentes o contradictorios, siempre en protección del bien jurídico.

En el caso del internamiento ilegal de extranjeros en nuestro país, se puede apreciar la acción al momento en que el sujeto realiza la conducta a sabiendas que carece de la autorización del gobierno para internarse en el territorio del Estado respectivo. El coeficiente físico corresponde a los actos voluntarios tendientes para internarse a territorio nacional y el coeficiente psíquico corresponde al conocimiento que tiene que su objetivo o finalidad es ilícita. En ese orden de ideas, la acción se explica claramente desde la teoría finalista de la acción; sin embargo, que ocurriría cuando un naufrago entra en aguas nacionales, sin tener la intención de ello. Su conducta no es delictiva de acuerdo a la teoría finalista, puesto que el sujeto nunca se propuso conseguir una finalidad delictiva. Por causas ajenas al dicho fin, la persona se internó en un país, sin contar con la autorización respectiva, por lo que no se podría imputarle delito alguno.

Tipicidad.

El tipo: El vocablo Tipo proviene del latín *typus* misma que tiene su origen en el griego *typos* que significa modelo o ejemplo. Su razón de ser consiste en describir las conductas que, de llevarse a cabo, serán acreedoras de penalidad⁴⁹ y su finalidad es definir el delito.

⁴⁹ GONZÁLEZ QUINTANILLA José Arturo, “Derecho Penal Mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuraciones de los tipos penales. 6ª edición, Porrúa, México, 2001. p. 276.

“ARTÍCULO 123

Se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente al país.”

Su piedra angular es el principio “*nullum crimen, sine lege*”. El fundamento constitucional lo podemos encontrar en el artículo 14 en cuya parte conducente dispone: “...*en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.*”

Para que el Estado pueda imponer una pena a la persona que realice una determinada conducta necesita, primeramente, haber creado el tipo penal sobre el que recae la sanción del derecho. Este pensamiento es producto del enciclopedismo francés del siglo XVIII, que prácticamente se difundió en todo el mundo. Constituye, sin lugar a dudas, una barrera al despotismo de los gobernantes, quienes imponían penas a conductas que subjetivamente consideraban atentaban a los intereses del Estado.

Tipo y tipicidad son conceptos con estrecha vinculación, aunque en ningún momento se les debe considerar como sinónimos. Mientras que el tipo es la descripción legal de la conducta, la tipicidad es el encuadramiento de la conducta al tipo previsto en la ley. La exigencia de exactitud de que la conducta se ubique o encuadre en el tipo es el pilar de la tipicidad. Así por ejemplo, el tipo del estupro (en aquellos códigos punitivos que aún lo contemplan) se exige, entre otros elementos, que el sujeto activo tenga cópula con mujer mayor de doce años y menor de dieciocho, así pues, si la persona tiene cópula con mujer menor de doce años o mayor de dieciocho, puede haber cometido otro delito o no haberlo cometido, pero no cae en la hipótesis del estupro.

El desarrollo de la teoría del tipo ha pasado por varias etapas. *Beling* sostuvo en su momento que el estudio de la conducta fuera analizado en primer

lugar, para saber si es típica y luego después de ello se procediera a analizar la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.⁵⁰

La tipicidad siempre ha tenido como cometido encuadrar la conducta al marco descriptivo de la ley. Años después, con el estudio de la antijuridicidad se determinó que una conducta que podía ser considerada típica no era antijurídica, como en el caso de que se privara de la vida a otra persona en legítima defensa.

La tipicidad responde a una clara preocupación por una efectiva garantía de legalidad y libertad con el afán de evitar atropellos y en protección de los bienes jurídicos que pueden ser afectados por una conducta ilícita. El legislador es responsable de crear el tipo, mientras que el individuo a través de su conducta se adecua a la hipótesis prevista por el legislador, consecuentemente se hace acreedor a la sanción que la misma norma impone.

El legislador al crear el tipo debe tomar en cuenta, entre otros factores los valores sociales que el Estado debe proteger con el fin de conservar el orden jurídico, es decir, el bien jurídico. *Orellana Wiarco* no concibe en una democracia la creación de tipos penales que no busquen la protección de bienes jurídicos valiosos, y que solo se construyeran a capricho voluble del legislador.⁵¹

Los tipos hacen alusión a situaciones, condiciones de orden material u objetivo, apreciables por los sentidos, pero en ocasiones, también aluden cuestiones subjetivas y normativas que no pueden apreciarse por los sentidos. Por ejemplo, en el delito de homicidio son bien claros los elementos que le componen y se pueden apreciar por los sentidos, a diferencia del fraude en donde aparece el

⁵⁰ Cfr. **BELING**, Ernst Von, “Esquema de Derecho Penal y Doctrina del Delito Tipo”, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003. Pp. 19 a 21.

⁵¹ Cfr. **ORELLANA WIARCO**, Octavio Alberto, “Curso de Derecho Penal, Parte General”, 2ª edición, Porrúa, México; 2001. p. 221.

engaño como elemento del tipo el aprovechamiento de un error, circunstancias que se consideran subjetivas.

Los elementos objetivos esenciales del tipo son:

- a) El sujeto activo; es decir la persona que despliega la conducta típica, puede ser cualquier persona o que reúna alguna peculiaridad prevista en el tipo.
- b) Sujeto pasivo, es la persona cuyo bien jurídico ha resultado afectado por la conducta del sujeto activo, elemento que también aparece muy claro en cada tipo penal.
- c) El bien jurídico tutelado.
- d) La acción, entendida como el acto u omisión que debe realizar el sujeto activo destinada a producir un daño en un determinado bien jurídico.
- e) El resultado es el daño o lesión que corre el bien jurídico.
- f) El nexo causal se da en tipos con resultado material; debe establecerse una relación de causalidad entre la conducta y el evento dañoso.

Elementos objetivos accidentales:

Calidad del sujeto activo o pasivo, pues en ocasiones estos sujetos deben reunir determinada calidad, como en el caso de los servidores públicos, militares, padre, hijo, en el presente caso en estudio el sujeto debe tener la calidad de extranjero. Se trata de delitos que no pueden ser cometidos por cualquier persona o que no se pueden cometer en contra de cualquier persona.

Circunstancias de tiempo, modo y lugar, como por ejemplo, en el tema que nos ocupa, debemos decir que se trata del extranjero que se interne al país en

forma ilegal, al no contar con documento o autorización legal para ello, puede ser en cualquier tiempo; respecto a las circunstancias de modo y ejecución, se desprende que el ingreso al país es sin cumplir con los requisitos legales que establece la Secretaría de Gobernación para introducirse a Territorio Nacional, dada su calidad de extranjero, y por lo que hace al lugar, la internación puede ser vía terrestre, marítima o aérea, tomando en consideración que en algunos de los casos dichos extranjeros tratan de pasar las aduanas haciendo uso de documentos apócrifos, como pudieran ser credenciales de elector falsas u otros, para tratar de engañar a las autoridades migratorias, y justificar su legal estancia, lo que solo agrava la situación en su contra, ya que deberán responder por la comisión de otro delito, que en este caso será el de uso de documento falso.

Los elementos normativos constituyen valoraciones culturales o jurídicas que, en ocasiones, aparecen en el tipo, como por ejemplo el calificativo “ser honesto”, que el bien de que se apodere “sea ajeno” y que además sea “sin derecho”, en el presente caso de estudio que la internación al territorio nacional sea de forma ilegal.

Elementos subjetivos.

Dentro de la teoría finalista el dolo y la culpa se ubican dentro de la tipicidad. Los finalistas identifican la noción de dolo con la de finalidad. La finalidad se concibe como la voluntad de concretar la acción y de lograr el resultado, dolo que, como se ve, integra el tipo y no la culpabilidad. Por el contrario, los causalistas, al marginar del concepto de acción, el aspecto subjetivo, lo recorren a la culpabilidad. Los elementos subjetivos se refieren a situaciones de carácter psicológico del sujeto activo al momento del hecho, como son el dolo, la culpa y algunos otros como el ánimo o la tendencia, por ejemplo, en el delito de fraude, el engaño o el aprovechamiento de un error.

Antijuridicidad.

Ya hemos visto que en primer lugar debe existir un tipo previsto en la ley; después, la conducta se debe adecuar al tipo previsto en la norma, y luego que la conducta o hecho sean antijurídicos.

Se le puede denominar antijuricidad o antijuridicidad, como lo prefiera la persona, ya que en realidad no hay reglas claras para precisar la forma correcta de su dicción y escritura. En relación al contenido hay que decir que lo jurídico es lo que va de acuerdo a derecho, a las leyes o a la justicia. Existen varias tesis que pretenden explicarla:

- a) Las que afirman que constituye un carácter del delito;
- b) Las que sostienen que se trata de un elemento del delito;
- c) Las que le afirman como un aspecto del delito; y
- d) Las que afirman que se trata del delito en sí.

Quienes afirman que se trata de un carácter del hecho punible sostienen que si se tratara de un elemento se podría distinguir de los demás; presentarse como un dato conceptualmente aislable, capaz de ser separado de los otros. Conciben la antijuridicidad como un atributo, un predicado, un denominador común del delito y de sus componentes. La antijuridicidad es una característica de la acción.

Por otro lado hay quienes conciben la antijuridicidad como un elemento del delito, al lado de los otros dos (tipicidad y culpabilidad). Afirman que la antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho.

Otros consideran que la antijuridicidad es un mero aspecto del delito, no elemento, toda vez que no es una parte que se pueda desintegrar o descomponer del todo.

Antolisei sostiene que la antijuridicidad no es un mero elemento del delito, ya que es mucho más; es la esencia misma de este, incluso lo consideran el aspecto más relevante del delito.⁵²

Asimismo, hay quien considera que la antijuridicidad es formal o nominal y quien la concibe únicamente desde el punto de vista material. Para los formalistas consiste en la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe; cuando se realiza aquella acción que se prohíbe o se abstiene de actuar cuando la norma le obliga a realizar determinada acción, es decir la contradicción entre la conducta y el derecho. Se dice que una acción es antijurídica cuando se realiza un tipo de lo injusto. No basta con que la acción del sujeto sea típica, puesto que se debe someter a una graduación de valores, momento en el cual entra la antijuridicidad.

Se debe considerar antijuridicidad material al comportamiento humano sustancialmente antijurídico, cuando lesiona intereses jurídicos tutelados por la norma, puede ser la lesión a intereses sociales, la contradicción a normas de cultura o la lesión de bienes jurídicos tutelados. Es posible que se relacionen la antijuridicidad formal con la material, dando como resultado las siguientes hipótesis:

- a) Antijuridicidad material sin antijuridicidad formal.
- b) Antijuridicidad formal sin antijuridicidad material.
- c) Antijuridicidad material con antijuridicidad formal.
- d) Antijuridicidad formal en pugna con la antijuridicidad material.

Celestino Porte Petit diferencia entre aquella corriente del pensamiento jurídico que postula la idea de una antijuridicidad general frente a una antijuridicidad penal, refiriendo que solo existe antijuridicidad cuando hay una violación de un precepto legal. Cita a *Mezger*, quien señala que no basta con que

⁵² Cfr. **ANTOLISEI**, Francesco, Op. Cit. pp. 135 y 136.

una conducta sea antijurídica para que sea punible, sino que además es necesario que el derecho penal le haya descrito previamente en un tipo especial.⁵³

Tomando en consideración que la antijuricidad en la teoría finalista es la desaprobación de la acción en cuanto ofende el bien jurídico tutelado, el desvalor de la acción es la conducta que afecta dicho bien, en el presente estudio, la acción que el sujeto debe desplegar para ubicar su conducta como típica, es el internamiento ilegal al país, y la violación material del bien jurídico tutelado se produce al momento que el extranjero entra a territorio nacional de manera ilegal.

Culpabilidad.

Es importante que se recalque, que la idea de culpabilidad no ha sido la misma a lo largo de la historia jurídica mundial. En un principio, tan solo bastaba que una persona produjera un daño a otro para que se le sancionara por ello, con independencia de que el resultado pudiese o no ser atribuido al hombre como obra suya, emanada de su propia mente. Por supuesto que no se tomaba en consideración si el evento dañoso era producto de una voluntad culpable y susceptible de reproche social.⁵⁴

En síntesis, para el autor *Plascencia Villanueva* *“la culpabilidad es el juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, en virtud de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no obstante, que tenía otras posibilidades de actuación menos lesivas o dañinas del bien jurídico”*.⁵⁵

La culpabilidad puede ser tomada en dos sentidos, como reproche o proceso valorativo entre la acción psicológica del sujeto y el resultado, y como medida de pena, en líneas subsecuentes habremos de realizar su estudio en el

⁵³ Cfr. **PORTE PETIT CANDAUDAP**, Celestino, “Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal”, Tomo I, 9ª edición, Porrúa, México, 2003. pp. 374 a 381.

⁵⁴ Cfr. **REYES**, Alfonso, “La Culpabilidad”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; 1982. p. 17 y 18.

⁵⁵ Cfr. **PLASENCIA VILLANUEVA**, Raúl, “Teoría del Delito”, UNAM, México, 1998. pp. 158 y 159.

primer sentido, y teniendo como elementos componentes de la culpabilidad los siguientes:

- La capacidad de culpabilidad o imputabilidad
- El conocimiento de la antijuricidad del hecho, y
- La exigibilidad de otra conducta.

La capacidad de culpabilidad o Imputabilidad.

Mediante la expresión “imputabilidad” tomada en el sentido común, nos da una idea de atribuir algo o una conducta a alguien, en tanto, que su significado en materia penal tiene tintes mucho más específicos, pues no toda persona cuya conducta sea típica y antijurídica puede resultar culpable de la misma.

En este sentido el diccionario jurídico mexicano define a la imputabilidad como la capacidad condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo esa comprensión.⁵⁶

Señala *Sergio García Ramírez* que el problema de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, ha sido motivo de polémica, sobre todo entre quienes sostienen la tesis de la responsabilidad moral y la responsabilidad social. La primera es a la que se llama escuela clásica, en tanto que el positivismo ensalza a la segunda. Consecuencia de esta confrontación de ideas ha sido la amplia bibliografía en la que se hace el estudio de la responsabilidad penal.⁵⁷

Algunos autores desde un punto de vista meramente legalista, conciben a la imputabilidad como la capacidad de la persona para ser culpable, de una acción propia, típica y antijurídica.⁵⁸

⁵⁶ Cfr. “Diccionario Jurídico Mexicano”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo I-O, Porrúa, México, 1985, p. 51.

⁵⁷ Cfr. **GARCIA RAMIREZ**, Sergio, “La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano. Introducción y Análisis Comparativo” UNAM. México; 1981. Pp. 13 y 14.

⁵⁸ Cfr. **AGUINAGA**, Juan C. “Culpabilidad” Ediciones Jurídicas Cuyo. Argentina; 1999. P. 88.

Señala *Pavón Vasconcelos*, para el positivismo criminológico, la responsabilidad social no toma en consideración la causalidad moral, sino únicamente la física y la psicológica, por lo que la imputabilidad del sujeto supone las condiciones mínimas necesarias para determinar en el hombre la posibilidad abstracta de que se le atribuya un hecho punible, de tal suerte que la imputación resulta ser la afirmación provisional de la existencia en el individuo de tales circunstancias, suficientes para atribuir a este un delito, es decir, para declarar que el acto de que se trata ha sido producto de la actuación psicofísica de la personalidad de dicho individuo.⁵⁹

Al hacer su exposición *Ferri*, diferencia el delito en su significado ético social y en su sentido jurídico, expresando que desde el primer punto de vista, el delito es una acción inmoral, por ser contraria a las condiciones de existencia social y a la dignidad humana; mientras que en su sentido jurídico no solo se trata de una acción calificada de inmoral, sino que además se prohíbe por la ley, de tal suerte que se debe entender como delincuente al autor de una acción que es calificada como delito por la legislación penal. Así pues, solo puede haber un sujeto delincuente cuando este vive en sociedad, por virtud de sus relaciones materiales y jurídicas con sus semejantes. Señala *Ferri* que si el delito, desde el mas leve al mas grave, es la manifestación de una personalidad antisocial, incumbe al Estado en todo momento la defensa represiva hacia el delincuente, a quien se le ve como mas o menos readaptable a la vida social.⁶⁰

En conclusión, para este ilustre positivista, todo sujeto activo de un delito es siempre penalmente responsable sin que para ello se requiera de la observancia de las condiciones fisio-psíquicas bajo las cuales a deliberado y actuado.

Cabe señalar que el positivismo ha sido objeto de serias críticas, principalmente al negar la distinción entre imputables e inimputables, haciendo

⁵⁹ **PAVÓN VASCONCELOS**, Francisco. Op. Cit. pp. 48.

⁶⁰ Cfr. **FERRI**, Enrico, "Sociología Criminal", Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México; 2004. Pp. 22 a 24.

responsables a quienes carecían de imputabilidad, motivo por el cual la culpabilidad quedaba desdibujada.⁶¹

Después de haber hecho un análisis en torno a la atribuibilidad soportada por los argumentos de *Maurach y Díaz Palos*, concluyen que no significa lo mismo imputabilidad, ni culpabilidad, que ésta última presupone a la primera, ya sea que se le considere como un presupuesto de ésta o alguno de sus elementos.⁶²

Asimismo ha recalcado la importancia de estudiar conceptos íntimamente vinculados entre sí, tales como el de imputación e imputabilidad. Por el primero se debe entender poner algo a cargo de alguien, por lo que se afirma que se trata de un juicio sobre un hecho ya sucedido, mientras que la imputabilidad es un mero concepto; o sea, la expresión técnica para denotar su personalidad o capacidad penal. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad debe estar integrada por la capacidad del autor de comprender lo injusto del hecho (momento cognoscitivo) y la capacidad de determinar su voluntad en ese sentido (momento volitivo).

El conocimiento de la antijuricidad del hecho.

Una vez que se ha considerado al sujeto como imputable se puede pasar al segundo elemento de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad del hecho, que consiste en la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, con el hecho concreto en violación de la norma.

La exigibilidad de otra conducta.

Una vez que se han satisfecho los dos primeros elementos de la culpabilidad, debe examinarse si en el caso concreto, al sujeto le era exigible una conducta apegada a derecho o si debido a las circunstancias podía o no actuar de otra manera

⁶¹ Cfr. **PAVÓN VASCONCELOS**, Francisco. Op. Cit. Pp. 49 a 52.

⁶² Cfr. Citado por **DÍAZ PALOS**, Fernando, “Teoría General de la Imputabilidad”, Editorial Bosch, España; 1965. pp. 19 a 21.

La capacidad jurídica de la persona para ser penalmente responsable es el significado de la imputabilidad. Ya desde hace un tiempo, existe un debate sobre la edad penal para considerar al sujeto como imputable y poderle aplicar las normas del derecho penal y no la de los menores infractores. Con frecuencia se escucha la idea de reducir la edad penal a 16 años. En el caso nuestro país, la edad penal es a partir de los 18 años, siempre que el sujeto goce de sus facultades mentales, toda vez que quien padece algún trastorno o deficiencia mental no se puede considerar como imputable, en virtud de carecer de la capacidad física para comprender del todo la trascendencia de sus actos.

En el caso que nos ocupa, las autoridades tienen conocimiento del internamiento ilegal de personas de otras nacionalidades de distintas edades y de ambos sexos, muchos de los cuales se encuentran en edad productiva, que además gozan de plena salud mental; sin embargo, motivados por la triste situación económica en que viven en sus países de origen, buscan alcanzar mejores condiciones de vida, aún en otros países. Es muy difícil que personas, débiles mentales sean movidas de sus lugares de origen y sufrir la terrible travesía de los indocumentados, pues aunque siempre se tiene la esperanza de mejorar la calidad de vida, también es de todos conocido los riesgos que se corren al tratar de alcanzar la meta.

Jóvenes, que oscilan entre los doce y 18 años, vienen de otros países, principalmente, de Centro y Sudamérica con el propósito de llegar, muchos de ellos, a territorio norteamericano. México, es el último país que deben cruzar antes de lograr su cometido; desafortunadamente, para sus propósitos, algunos de ellos son detenidos en nuestro territorio para ser detenidos en las estaciones migratorias. Aunque la gran mayoría gozan de plena salud mental y saben dentro de ciertos límites, la ilicitud de su conducta, no alcanzan la mayoría de edad que exigen nuestros ordenamientos para ser juzgados como adultos.

En la opinión de *Alfonso Reyes*, el concepto de culpabilidad, tal y como se conoce ahora es relativamente reciente, aunque se encuentran reminiscencias del mismo, desde la época de los romanos, “Culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quidquid negligenter peccatum est sed et dolose et malitiose”.⁶³

Por lo que hace a las distintas formas en que se expresa el término “culpabilidad”, aun en la doctrina, se le ha llamado de diversas formas, a saber: fuerza moral del delito, causalidad psíquica, referibilidad psíquica y atribuibilidad.

La culpabilidad para el finalismo toma en cuenta su presupuesto, “la imputabilidad”, por la conciencia de la antijuridicidad y por la exigibilidad de otra conducta. En tal virtud, la culpabilidad realiza un triple juicio de valor de la acción típica y antijurídica en relación a su autor; es decir, si tenía capacidad para comprender la naturaleza de su acto, si tenía conocimiento de que tal acto era contrario a la ley y, finalmente, si en las circunstancias concretas que enfrentaba podría exigírsele un comportamiento distinto que no infringiera el mandato o prohibición de actuar que el derecho le imponía.

Por lo que hace a la culpabilidad de los inmigrantes ilegales en nuestro país, pongo en tela de juicio que su conducta pueda ser reprochable, pues si bien es cierto que a través de su conducta lesionan un bien jurídico (en el caso concreto, la soberanía nacional), se debe tomar en cuenta que la vida, la dignidad humana, la supervivencia son bienes jurídicos que tratan de ser salvaguardados mediante la emigración hacia países que, en teoría, les ofrecen mejor calidad de vida. El Estado superpone el bien jurídico tutelado por la norma penal al bien jurídico que buscan salvaguardar los inmigrantes indocumentados mediante su traslado ilegal de un país a otro. Es injusto y es una pena que se considere culpable a una persona por el simple hecho de trasladarse de un país a otro sin salvoconducto alguno. Así por ejemplo, en los países de la Unión europea, ese mismo traslado es natural, y no es castigado por el derecho penal, lo que pone en

⁶³ Cfr. **REYES**, Alfonso, Op. Cit. pp. 17.

tela de duda las justificaciones que tiene nuestro país para prohibir la entrada de personas de otros países a nuestro territorio sin realizar trámite migratorio alguno, problema que solo se resolverá con el convenio entre los países afectados a efecto de lograr acuerdos migratorios.

3.2 ELEMENTOS NEGATIVOS.

Ausencia de acción.

Pavón Vasconcelos prefiere llamarlo ausencia de hecho, y la falta de este trae como resultado la ausencia del delito. Afirma que la ausencia de hecho surge al faltar cualquiera de sus elementos, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado; c) falta de relación causal entre la acción o la omisión y el resultado material.

El autor se hace la siguiente pregunta ¿Cuándo un delito es inexistente por la falta de conducta? Para responder la interrogante parte de la siguiente premisa: conducta es una actividad o inactividad voluntarias, relacionando directamente la acción u omisión con el elemento psíquico. En tal virtud, no todo movimiento corporal puede considerarse como conducta para el derecho penal, y la misma lógica se sigue respecto a la inactividad. Por ello se concluye que el elemento volitivo es indispensable para la existencia de una acción humana, pues un mero movimiento muscular en el que no participa la voluntad del hombre no debe generar efectos jurídicos para el derecho punitivo.⁶⁴ Para la teoría finalista, como ya lo hemos visto, la conducta se configura por los elementos físico y psíquico, en cuanto el sujeto busca una finalidad y la producción de ciertas consecuencias dentro de ciertos límites previsibles, por lo que hay ausencia de conducta cuando no se ha planteado la realización de un fin típico, en el que se produce un resultado en el que el sujeto participa como mero instrumento.

De acuerdo a la teoría finalista de la acción, una persona que ha naufragado, y por circunstancias ajenas a su voluntad se interna en aguas

⁶⁴ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. pp, 291 a 301.

nacionales no desarrolla una conducta antijurídica, culpable y punible. Si bien es cierto, que se ha internado ilegalmente al país; el elemento volitivo nunca ha existido, por lo que no hay conducta, por lo que estaríamos ante la presencia de la ausencia de hecho o conducta conocida como “*vis mayor*” que es cuando la fuerza de la naturaleza se ejerce sobre una persona y ésta produce un delito.

Otras formas de ausencia de hecho o conducta las encontramos en la llamada fuerza física exterior irresistible o “*vis absoluta*” que es la fuerza física que ejerce una persona sobre otra, y que al no poder resistirla produce un resultado delictivo; aunque discutibles por varios penalistas también se deben considerar como ausencia de hecho o de conducta el sueño, sonambulismo, hipnotismo y los actos reflejos.

Atipicidad o error de tipo.

Como ya lo hemos visto en el capítulo anterior, la tipicidad responde al añejo principio “*nullum poena sine lege*”, esto nos lleva a concluir que un determinado comportamiento humano, por reprochable e inmoral que se considere, si no encuadra en ningún tipo legal no es susceptible de sanción alguna, por lo que se dice que la conducta del sujeto es atípica.

*Alfonso Reyes Echandia concibe la atipicidad como “el fenómeno en virtud del cual un cierto quehacer del hombre, aparentemente punible, no se adecua a ningún tipo legal y, por ende, no es susceptible de sanción alguna en el ámbito del derecho penal.”*⁶⁵

La doctrina ha clasificado la atipicidad en dos clases principales, tomando en consideración la falta de adecuación directa o indirecta del hecho al tipo. Cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de alguno de los elementos exigidos, a lo que se llama atipicidad relativa; o cuando la conducta

⁶⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso, “Tipicidad”, 5ª edición, editorial Temis, Colombia; 1989. p, 263.

no concuerda con ningún tipo previsto en la ley, de donde se infiere una ausencia absoluta, de donde se concluye la atipicidad absoluta (delito putativo).

La atipicidad que mayor importancia para su estudio es la relativa, pues uno debe ser analítico porque se trata de la ausencia de cualquiera de los elementos del tipo legal. Por ejemplo podemos ver que en algunos casos falta la calidad del sujeto activo (servidor público, padre, hijo, extranjero). Igualmente, el sujeto pasivo debe reunir la cualidad descrita en el tipo penal; en tal virtud, cuando el sujeto pasivo no reviste cierta característica tampoco se logra adecuar el tipo penal, como puede ser la falta del requisito de la edad, el sexo, calidad de funcionario judicial, etc.

La falta de adecuación del hecho a la conducta prevista en el tipo penal, como por ejemplo, cuando no hubo acceso carnal, no hubo disposición de un objeto ajeno, cuando no se produce la lesión, o no se priva de la vida a alguien; la falta de engaño, etc.

Otro ejemplo lo tenemos cuando la conducta no se adecua a las circunstancias modales, temporales y espaciales, como en el caso de los delitos electorales. En ese orden de ideas, la ausencia de cualquiera de estas circunstancias trae como consecuencia la atipicidad. Ejemplo de circunstancias modales son el fraude el engaño, la violencia, la coacción.

La falta de un ingrediente normativo también trae como consecuencia la atipicidad, como cuando la privación de la libertad se ajusta a derecho; cuando cualquiera que sea la conducta, esta se realiza de acuerdo al marco legal.

Finalmente cabe señalar que la no incriminación del hecho por la ausencia de un tipo penal es consecuencia de un Estado liberal y democrático de derecho, en donde se permite al hombre realizar cualquier actividad sin temor a que pueda

ser molestado por ello, a menos que dicha conducta se encuentre prevista en un tipo penal con antelación a que se de el hecho.

Recordemos que para los finalistas, la ausencia de la voluntad delictual en el individuo acarrea la atipicidad de la conducta, toda vez que el dolo es parte del tipo y no de la culpabilidad.

Asimismo, la teoría del error de tipo, se refiere a situaciones subjetivas del sujeto activo, que al ejecutar una conducta típica, lo hace encontrándose bajo una falsa concepción o en circunstancias que no son acordes con la realidad, realizando el hecho bajo error, por lo que al encontrarse bajo esas circunstancias, traerá como consecuencia una causa de atipicidad.

El tipo previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población contempla dos modalidades, a saber: una que tiene que ver con la calidad del sujeto activo (extranjero) y otra de carácter espacial (el territorio nacional). Además, si el extranjero se interna legalmente al país hay ausencia de tipicidad, así como si se trata de un nacional.

Causas de justificación.

La existencia de una causa de justificación no suprime la tipicidad, pero sí la antijuridicidad; su efecto justificante es la excepción a la regla. Sabemos que el legislador ha tenido poderosas razones para punir una determinada conducta que lesiona los bienes jurídicos fundamentales y las concretiza en normas prohibitivas. Cuando concurren justificantes, necesariamente hay lesión jurídica, solo que por alguna razón ha sido autorizada, son normas permisivas o causas de justificación, en donde la conducta puede ser típica, pero si aparece una causa de justificación la conducta no es antijurídica. De acuerdo a la doctrina y la legislación, son causas de justificación:

La legítima defensa, en la que el sujeto actúa en forma voluntaria y lúcida, por defender su estructura la presencia del *animus defendendi*, pero cuya conducta no es reprochable en virtud de que se actúa en contra de otra persona que en un momento determinado actúa en contra de bienes jurídico tutelados por la norma penal. No quisiera profundizar en el estudio de la legítima defensa pues esta de ninguna manera concurre en el tipo penal que estudiamos; sin embargo quisiera citar los elementos indispensables que deben concurrir para que una conducta así se repute por el juzgador.

Novena época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Junio de 1996

Página: 647

LEGITIMA DEFENSA. INEVITABILIDAD DE LA AGRESIÓN. Doctrinalmente se ha establecido que para que la excluyente de legítima defensa pueda surtir efectos es menester que concurren, entre otros requisitos, el inherente a que la agresión, además de ilegítima y actual, debe ser inevitable.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 33/95. Santos Hernández Cortés. 14 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives.

Amparo en revisión 60/95. Juez Primero de Primera Instancia de Orizaba, Veracruz. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

Amparo directo 562/94. María del Carmen Pérez García. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Pablo Pardo Castañeda.

Amparo directo 553/95. Nabor Rodríguez Elotlán. 9 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Edith Cedillo López.

Amparo directo 584/95. Constantino García González. 25 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

Por lo que hace al estado de necesidad podemos decir que se trata del peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos de igual o menor valor, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes que también son jurídicamente tutelados, para salvar el bien jurídico de mayor valor. Se trata de estado de necesidad justificante cuando en una ponderación de intereses se sacrifican los bienes de menor para salvar los bienes de mayor valor y estaremos

en presencia de un estado de necesidad disculpante cuando los bienes que se sacrifican son de igual valor.

También existe el ejercicio de un derecho o de un deber, que se explica de la siguiente forma. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley, tal y como lo han señalado los tribunales federales.⁶⁶

Finalmente tenemos, que el consentimiento del ofendido implica la autorización de la persona sobre cuyo bien jurídico actúa el supuesto sujeto activo del delito. En ese orden de ideas, una persona no delinque si la persona autorizada para incidir en la situación jurídica de un bien conciente en ello.

En la hipótesis prevista por el artículo 123 de la Ley General de Población no podría darse ninguna causa de justificación, debido a que el tránsito de personas extranjeras hacia nuestro país requiere de un trámite migratorio ante las autoridades, condicionante de la legal estancia de éstas personas en territorio mexicano.

Inculpabilidad.

Los elementos de la inculpabilidad se encuentran comprendidos por las causas que anulan la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, la comprensión de lo injusto y la exigibilidad de otra conducta.

Eduardo López Betancourt es categórico al afirmar que la inimputabilidad es la incapacidad de culpabilidad. En su opinión, el legislador debe suprimir la enumeración de las causas que la producen. El autor cita la propuesta de Jiménez de Asúa, en la que textualmente expresa: “*Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las*

⁶⁶ Jurisprudencia por reiteración, Sexta época, Primera Sala, Apéndice de 1995, Tomo II, SCJN. p. 65

facultades mentales que privan y perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra en agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró. ⁶⁷

Como se había explicado anteriormente la imputabilidad o capacidad de culpa tiene dos momentos, uno cognoscitivo y otro volitivo, la falta de uno de ellos será causa de imputabilidad y por ende de inculpabilidad, el mismo autor hizo una clasificación de todas aquellas causas que resultan en la inimputabilidad del agente, entre las que se citan:

Falta de desarrollo mental. La codificación penal de distintos países no ha sido unificada, ya que los criterios que se basan en la minoría de edad son muy variados; así hay en donde reputan inimputables a los menores de 18 años, otros debajo de los 16, hasta llegar a los 10 años de edad. Otro motivo es la falta de salud mental, el trastorno mental transitorio, la embriaguez, la fiebre y el dolor. Basado en el pensamiento del mismo autor señala que el sexo y la vejez por sí solos no pueden considerarse causas de inimputabilidad; por ejemplo, los trastornos de la mujer durante la menstruación, el embarazo o la menopausia; asimismo, los trastornos psíquicos que reporta la gente al llegar a la senectud tampoco son causas que se deban tomar en cuenta para calificar de inimputable a un sujeto. ⁶⁸

En relación a las personas que padecen enfermedades mentales, prefiere llamarlos enajenados mentales en lugar de calificativos, tales como: imbéciles, locos, dementes, idiotas, lunáticos, etc. En la opinión de *Sebastián Soler* las personas sordomudas no deben ser consideradas como inimputables a menos

⁶⁷ Cfr. **LÓPEZ BETANCORT**, Eduardo, "Imputabilidad y Culpabilidad", Porrúa, México, 1999. p. 30.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 30

que un estudio que se les practique muestre que la persona tiene algún grado de enajenación mental.⁶⁹

El Código Penal Federal en su artículo 15, fracción VI prevé las causas de inimputabilidad de la siguiente manera:

“El delito se excluye cuando: (...)

VII. 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 agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este Código.”

Por su parte, el artículo 69 Bis del Código Penal Federal a la letra dispone: “Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.”

Los menores de edad se consideran inimputables, aunque en los últimos años se ha estudiado seriamente la posibilidad de reducir la edad penal, pues la delincuencia organizada se ha servido de los menores para cometer ilícitos, y al mismo tiempo la persona inicia su vida delictiva a temprana edad, con pleno conocimiento de la maldad de sus acciones. *Eduardo López Betancourt* opina que

⁶⁹ Cfr. SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tomo II, Editorial la Ley, Argentina, 1945. pp. 53 a 59

los menores de edad deben ser imputables en la medida que conocen el sentido de sus actos. Reconoce que a cierta edad, los infantes no pueden precisar de manera razonada la diferencia entre el bien y el mal pero a partir de los doce años ya están en tal aptitud. Sin embargo, su edad les sujeta a un régimen distinto al de los adultos.

Bajo los anteriores argumentos, *López Betancourt* solo considera inimputables a los infantes incapaces de entender y de querer, más no todos los menores de edad.⁷⁰

Son inimputables las personas que padecen trastorno mental, concebida esta como: “*la falta de desarrollo mental, que es la potencia intelectual, propósito y voluntad, que no permite llegar al sujeto a un estado mental normal acorde a su edad.*”⁷¹

En relación al trastorno mental transitorio debemos señalar que su tratamiento es un tanto más complejo que el trastorno mental permanente, ocasionado por una enfermedad mental que impide el pleno desarrollo mental de la persona. En el transitorio, la perturbación mental es pasajera, por lo que es distinta a la enajenación. *Eugenio Cuello Calón* sostiene que para que el trastorno mental transitorio sea considerado como eximente es menester que no haya sido buscado con el propósito de delinquir, motivo por el cual la persona que se coloque en aquel estado para evitar la reprochabilidad de sus actos está totalmente equivocada y no podría estar exento de responsabilidad penal.⁷²

Generalmente, los extranjeros que entran al territorio nacional, sin tener el permiso correspondiente son mayores de edad, concientes de la ilicitud de su conducta. No es ilícito buscar trabajo fuera del país de su residencia, pero si ingresar a territorio mexicano sin la autorización de este gobierno. De entrada se

⁷⁰ Cfr. **LÓPEZ BETANCORT**, Eduardo. Op. Cit. pp. 32 y 33.

⁷¹ *Ibíd.* p, 33.

⁷² Cfr. **CUELLO CALÓN**, Eugenio, “Derecho Penal”, 9ª edición, Porrúa, México 1961. pp. 431.

saben ilegales. En ocasiones les acompañan menores de edad que desconocen el carácter delictivo de la conducta, quienes por falta de oportunidades de estudio y de trabajo en su propio país vienen a México o buscan internarse a los Estados Unidos en el afán de búsqueda de una mejor calidad de vida.

No es común ver personas con retraso mental, o que padezcan síndrome de Down o algún otro padecimiento que impida al sujeto un raciocinio normal de las condiciones de su conducta. Si bien es cierto, muchos de ellos son sumamente ignorantes, saben perfectamente que para cruzar la frontera de diversos países en el continente americano necesitan de la autorización del país al que se dirigen. Muchos de ellos contratan los servicios (si así se les puede llamar) de los polleros, quienes les prometen su internamiento a los Estados Unidos, principalmente, a cambio de cierta cantidad de dinero. Tan saben la ilicitud de su comportamiento que contratan servicios que operan al margen de la legalidad.

Volviendo a los inimputables que cruzan la frontera de forma ilegal en busca de trabajo, resulta incongruente que el juez disponga de la medida de internamiento adecuada para su tratamiento. Estas personas no requieren del tratamiento de un delincuente, lo que necesitan urgentemente es trabajo bien remunerado, que les alcance para sostenerse a sí y a su familia.

En estos casos la represión y el tratamiento correccional no son las medidas idóneas para su bienestar y la salvaguarda de la soberanía nacional. El gobierno debe tener más imaginación para combatir el internamiento de gente de otros países en México en la búsqueda de empleo. Las medidas que se deben tomar son diplomáticas, políticas y económicas, fundamentalmente. Ya sabemos que el modelo económico no ha servido de mucho para mejorar la calidad de vida de las grandes masas.

El segundo elemento de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad del hecho puede desvirtuarse o ser causa de inculpabilidad ya que, la conducta

del sujeto no siempre es culpable, de acuerdo a una serie de causas previstas en un determinado sistema jurídico, tales como: El error de prohibición.

Error de prohibición. Para la culpabilidad es necesario que la persona conozca la prohibición del hecho, y ante la ausencia de esta posibilidad, se excluye la culpabilidad y por lo tanto que la conducta sea punible, es un error sobre la antijuricidad del hecho, ya que el autor realiza la acción suponiendo erróneamente que esta permitida. Por el contrario, cuando el error es vencible si hay culpabilidad ya que no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero si disminuye la reprochabilidad y consecuentemente la culpabilidad.

Volviendo al caso de los extranjeros que ilegalmente se internan en el país, muchos de ellos viven en extrema pobreza e ignorancia; en sus comunidades prevalece la costumbre y poco conocen de leyes. En casos como los de ellos es aplicable el contenido de la jurisprudencia que a continuación se cita:

Séptima época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo II, Parte SCJN
Página: 82

ERROR DE PROHIBICION DIRECTO. No obstante que a través de la reforma penal del treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, se dio cabida en forma legal al llamado "error de prohibición directo", lo que hace al artículo 59 bis del Código Penal Federal, es conceder al delincuente un trato punitivo privilegiado, al facultar al juzgador para imponer "hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trata, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso", y tal circunstancia sólo opera en el caso muy especial de "cuando el hecho se realiza por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto", situaciones que deben quedar plenamente probadas.

Séptima Época:

Amparo directo 11118/84. María Teresa Gervasio Rodríguez y coags. 9 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 10155/84. Martín Urías Zepeda. 3 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz. 12 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 36/86. Aurelio García Luna. 14 de abril de 1986. Cinco votos.

Amparo directo 76/86. Alcibiades Martínez Corona. 2 de octubre de 1986. Cinco votos.

NOTA:

Semanario Judicial de la Federación, vols. 205-216, Segunda Parte, pág. 59.

Esta tesis aparece en el Informe de 1986, Segunda Parte, Primera Sala, página 10.

(El artículo 59 bis a que se refiere esta tesis, corresponde a la actual 66.)

Para ejemplificarlo, *Plasencia Villanueva* recurre al caso en que una persona siente que es víctima de un delito y para evitarlo ejerce legítima defensa, motivo por el cual es necesario determinar si esa conducta constituye un error de prohibición. Desde la óptica del finalismo, la suposición errónea de que concurren causas de justificación constituye un error de prohibición en donde el sujeto cree que actúa justificadamente y por lo tanto la conducta no le está prohibida sino permitida. Cabe señalar que el error de prohibición debe ser invencible, de lo contrario se debe concluir en la culpabilidad del sujeto, si el error de prohibición es vencible puede atenuar la culpabilidad, es decir la reprochabilidad y por ende la penalidad, pero no convierte una conducta dolosa en culposa.⁷³

Finalmente, trataremos la inexigibilidad de otra conducta como forma de inculpabilidad, que abarcan un comportamiento prohibido por la ley penal, que es antijurídico, pero su autor no es culpable ya que no se le puede exigir cumpla con el mandato de ley por la situación extrema en la que se encuentra, tales son el estado de necesidad justificante o disculpante, el miedo grave insuperable, el ejercicio de un derecho o un deber, la obediencia jerárquica, el encubrimiento entre parientes, entre otros.

3.3 CLASIFICACIÓN.

Para explicar el delito algunos autores se han dado a la tarea de clasificarlo de distintas maneras, tomando en cuenta distintos criterios para ello, como son por la conducta, por el resultado que producen, por el daño causado, por la

⁷³ Cfr. PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl, Op. Cit. p, 176.

participación de los sujetos, por su duración, por la vía de prosecución, por el bien jurídico tutelado, entre otros.

Por la conducta.

Pueden ser de acción o de omisión. Los delitos de acción son aquellos que requieren una conducta positiva desplegada por el agente; es decir, la realización de movimientos corporales. Los delitos de omisión son aquellos en que la norma obliga al agente a desplegar una conducta y este no la realiza, como en el supuesto de una persona que omite prestar auxilio a otra persona en verdadero estado de necesidad, un atropellado, por ejemplo. El internamiento ilegal de los extranjeros en el país necesita una conducta positiva; es decir, que el sujeto activo despliegue una conducta, movimientos corporales, para lo cual, incluso, pudo haber cometido otros ilícitos.

Por el resultado.

Para *Jiménez de Asúa* no hay delito sin resultado. Este resultado no solo es el daño que se produce en el mundo exterior, sino que implica mutaciones en el orden moral. Son formales los delitos de mera actividad; son materiales los delitos en que se producen resultados externos. En el caso concreto se trata de un delito formal, ya que no necesita haber un resultado, una mutación en el mundo externo; por el simple hecho de cruzar la frontera sin la autorización correspondiente se infringe la legislación nacional.⁷⁴ Por el contrario, si existe una mutación externa cuando el individuo que se interna ilegalmente en nuestro país utiliza documentación falsa, incluso, la falsifica para los fines de internamiento, agravando su situación, ya que será enjuiciado por ambos delitos.

Por el daño que causan.

De lesión son los delitos que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales; en ellos forma parte de la tipicidad la lesión a un

⁷⁴ Cfr. **JIMÉNEZ DE ASUA**, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo III, 4ª edición, Losada, Argentina; 1964. pp. 126 y 127.

determinado bien jurídico. Son de peligro los delitos en que se exige únicamente que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma. Es muy difícil precisar si con el mero internamiento de una persona a nuestro territorio de manera ilegal se lesiona el bien jurídico, incluso si existieran tratados internacionales en los que los Estados cedieran una parte de su soberanía y permiten el libre tránsito, como suceden en la Comunidad Europea, no habría necesidad de tipificar esta conducta.

Por el elemento interno.

Son dolosos los delitos que producen un resultado típicamente antijurídico, con conocimiento de que se quebranta un deber. El sujeto tiene conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la conducta humana y la mutación en el mundo exterior. Son de culpa los delitos cometidos por una conducta que pudo ser previsible y que por falta de dicha provisión se generó el resultado dañoso. Normalmente, el internamiento ilegal de una persona en el país supone el conocimiento de la infracción al marco legal y su respectiva consecuencia, por lo que es un delito que se comete con dolo del agente.

En cuanto a la participación de los sujetos.

Un ilícito penal puede tener la participación de uno (unisubjetivo) o más individuos (plurisubjetivo), entre quienes se reparte el trabajo delictivo. A la participación de varios individuos en el hecho criminal se le llama codelincuencia. La codelincuencia se debe diferenciar de los delitos que se llegan a cometer por una muchedumbre, sin previo acuerdo, que surge de manera espontánea. Para que una persona se interne ilegalmente en nuestro país no es necesario el trabajo coordinado de varios individuos, puede ser por autoría propia, aunque en ocasiones puede ser que este en contubernio con diversos sujetos, incurriendo en tipos penales previstos por la misma Ley General de Población, como por ejemplo, los tipos previstos en los numerales 127 y 138 del citado ordenamiento, que prevén por lo que respecta al primero, la participación de un ciudadano mexicano

que contraiga matrimonio con una persona extranjera para que pueda radicar en el país; y por lo que respecta al segundo, quien realice tráfico de mexicanos o extranjeros para que ingresen a otro país sin la debida documentación, esto es los denominados polleros, que tienen mayor presencia en la frontera norte del país para traficar tanto con mexicanos como con latinoamericanos que buscan cruzar a los Estados Unidos de Norteamérica.

En cuanto a su duración.

El delito instantáneo se consuma en un solo momento, con una sola actuación de la voluntad delictiva, dentro de la que encuadra la mayoría de los delitos, tal es el caso del homicidio “el que priva de la vida a otro”. El delito puede ser permanente o continuo cuando existe una persistencia en el resultado del delito, como en el caso del secuestro. Los delitos continuados persiguen la consecución de un fin o resultado ilícito para lo cual requieren de una pluralidad de acciones. En los delitos instantáneos una de sus características es que una vez consumada su ejecución por un acto instantáneo, crea una situación antijurídica, que no está en la voluntad del individuo cancelar, tal es el caso del extranjero que se interna ilegalmente al país. El internamiento ilegal de una persona en el país es un delito instantáneo porque se consuma en un solo momento, aunque la situación jurídica del individuo perdurará en el tiempo, es decir, su consumación se realiza desde el momento en que cruza la frontera de manera ilegal, sin importar el tiempo en que se mantenga o tarde en cruzar el territorio, sin olvidar que muchos de los individuos solo utilizan nuestro país para llegar a los Estados Unidos de Norteamérica.

Por su gravedad.

Atendiendo a esta clasificación los actos delictivos se pueden clasificar en crímenes y delitos, o en su caso, crímenes, delitos y contravenciones. En este orden de ideas, se consideran crímenes los que atentan contra los principales bienes jurídicos como en el caso de la vida; son delitos los que ponen en riesgo bienes jurídicos que surgen del pacto social, la propiedad por ejemplo. Finalmente,

se consideran simples contravenciones a la infracción de los reglamentos de policía y buen gobierno. El internamiento ilegal de una persona en el país es un delito que atenta contra bienes jurídicos surgidos del contrato social, que se podría convertir en una mera contravención si la política migratoria lo estableciera así en un determinado momento histórico, pero nunca se podría considerar un crimen.

Por su forma de persecución o investigación.

Hay que señalar que la mayoría de los delitos son perseguibles de oficio, mientras que la minoría solo se persiguen previa querrela presentada por el titular del bien jurídico protegido por la norma, como en el caso del adulterio. El internamiento ilegal de extranjeros en el país es un delito que se persigue por querrela de parte ofendida, y es el mismo Estado a través de sus funcionarios quien debe vigilar que no se vulnere la soberanía nacional, cuando se ha adoptado una política migratoria restringida, sin embargo, el estudio de la citada querrela, los funcionarios facultados para interponerla, se desarrollaran con mayor amplitud en líneas subsecuentes.

Por el bien jurídico que tutelan.

El principal interés del legislador al tipificar una conducta es la protección de un bien jurídico, por lo que puede dividirse en delitos contra la seguridad de la nación; contra el derecho internacional; contra la humanidad; contra la seguridad pública; en materia de vías generales de comunicación y violación de correspondencia; contra la autoridad; contra la salud; contra la moral pública y las buenas costumbres; por la revelación de secretos; cometidos por servidores públicos; contra la administración de justicia; responsabilidad profesional; de falsedad; contra la economía pública; contra la libertad y normal desarrollo psicosexual; contra el estado civil y bigamia; en materia de inhumaciones y exhumaciones; contra la paz y seguridad de las personas; contra la vida e integridad corporal; contra el honor, difamación y calumnia; contra las personas en su patrimonio, etc.⁷⁵ En el delito que nos ocupa aun y cuando es posible tener en

⁷⁵ Cfr. **LÓPEZ BETANCORT**, Eduardo, Op. Cit. pp. 275 a 296.

consideración que puede ser diverso el bien jurídico que se pretende proteger, considero que prevalece la soberanía nacional, sobre la seguridad del estado, la salud pública o cualquier otro que se pudieran afectar por la entrada ilegal de indocumentados, ya que es el Estado el encargado de proteger sus fronteras y delimitar su política migratoria y de ingreso al país.

3.4 OBSTÁCULO PROCESAL.

En términos generales la investigación y persecución de los delitos incumbe al Agente del Ministerio Público, tal y como lo establece el artículo 21 constitucional, debiendo tener en consideración o en concordancia que lo ordenado en los artículos 113 y 114 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra establecen:

“Art. 113. El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I. Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla

Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el Ministerio Público Federal actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente.”

“Art. 114. Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley.”

Hay situaciones en las que investigar el delito resulta más gravoso para la víctima por situaciones de rechazo social, que si se deja de investigar por lo que se ha considerado que existan delitos que deban perseguirse a petición de parte o por querrela, y frente a estos delitos que evidentemente se perseguirán por oficio, sin necesidad de que se presente una querrela u otro requisito procedimental, la acción en forma oficiosa. Situación distinta presenta la querrela en virtud de que la misma ley les otorga a los particulares el poder de perseguir el delito y como consecuencia el poder de desistirse a través del otorgamiento del perdón.

El autor Colín Sánchez cuando nos da un concepto de la querrela refiere: *“La querrela es el 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 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente”*.⁷⁶

La querrela es un presupuesto indispensable, para que sea válido el ejercicio de acción penal. Esto cuando por disposición de la misma ley se requiere el otorgamiento o la presentación de la querrela para perseguir el delito, situación que se suscita en el presente caso en estudio, toda vez que del análisis del ilícito previsto y sancionado por el artículo 123 de la Ley General de Población, debe decirse que dicho delito es perseguible únicamente por querrela de parte ofendida, según lo establece el artículo 143 de ese propio ordenamiento legal, que a la letra dice:

“Artículo 143. *El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público Federal, en los casos de delito a que esta ley se*

⁷⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, 19ª edición, Porrúa, México, 2003. p, 321

refiere, estará sujeto a la querrela que en cada caso formule la Secretaría de Gobernación.”

En ese sentido, toda vez que la Secretaría de Gobernación se trata de una persona moral oficial, dicho derecho podrá ejercerlo mediante la intervención de apoderados en los que delega dichas funciones, para tal efecto, se estableció el Instituto Nacional de Migración, ya que por publicación de diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres, en el Diario Oficial de la Federación decretó la creación del referido Instituto, cuyas características son las de un Órgano Técnico Desconcentrado dependiente de la Secretaría de Gobernación. El nuevo Instituto Nacional de Migración sustituye a la Dirección General de Servicios Migratorios.

En 1998, se deroga el decreto anterior al determinar la entrada en vigor del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación; sin embargo, la naturaleza jurídica del órgano descentralizado se mantiene intacta, asimismo dicho reglamento tuvo su última reforma por publicación en el Diario Oficial de la Federación de dieciséis de agosto de dos mil cinco.

Con fecha quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo delegatorio de facultades, por lo que respecta a la autorización de trámites migratorios y el ejercicio de atribuciones previstas por la Ley General de Población y su Reglamento a favor del Instituto Nacional de Migración. En él se “...establece que el Instituto, ejercerá las facultades que se le confieren a la Secretaría de Gobernación sobre asuntos migratorios, la Ley General de Población y su reglamento y las que de manera expresa lo estén”.

Siendo así, el Instituto Nacional de Migración, de acuerdo a lo establecido en los artículos 55, 57, fracción XII y XXII y 67, fracción III, del reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación; así como los numerales 1º, subinciso 3.1.1, 7º, subinciso 7.2, fracción II, inciso a), punto 1, del citado Acuerdo se delegan

facultades para autorizar trámites migratorios y ejercer diversas atribuciones previstas en la Ley General de Población y su reglamento, en favor de los Coordinadores de Regulación de Estancia, de Control de Migración y de la Coordinación Jurídica del Instituto Nacional de Migración, así como de los Directores, Subdirectores y Jefes de Departamento a su cargo, por el que se otorgan plenas facultades a los Subdirectores de la Dirección Jurídica del Instituto Nacional de Migración de formular y ratificar denuncias y querellas de la Ley General de Población, ya que a la letra prevén:

"Artículo 55. El Instituto Nacional de Migración es un órgano técnico desconcentrado que tiene por objeto la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios, así como el ejercicio de la coordinación con las diversas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, que concurren en la atención y solución de los asuntos relacionados con la materia.

Para el desarrollo de sus atribuciones, el Instituto contará con los servidores públicos que se requieran y el personal adscrito a la Unidad de Verificación y Vigilancia, de conformidad con las disposiciones normativas aplicables."

"Artículo 57. A fin de alcanzar sus objetivos, el Instituto tiene las siguientes atribuciones:

...XII. Llevar el control del movimiento migratorio de las delegaciones regionales del Instituto..."

...XXII. Formular las denuncias y querellas que legalmente procedan y otorgar el perdón en aquellos delitos que se persiguen por querrella;

"Artículo 67. Son atribuciones de la Coordinación Jurídica:

...III. Formular las denuncias y querellas que legalmente procedan e intervenir en los juicios de amparo..."

"Artículo 1º. Se delegan facultades para resolver los trámites migratorios y ejercer las atribuciones a que se refiere este Acuerdo, a favor de los siguientes servidores públicos que integran las Coordinaciones de Regulación de Estancia, Control de Migración y del Jurídico

...3.1.1. Subdirectores"

" 7º. Se delega en los Directores, Subdirectores y Jefes de Departamento de la Coordinación Jurídica del Instituto Nacional de Migración, la facultad de resolver:

...7.2 Subdirectores:

...II. En materia de control y verificación, lo siguiente:

a) Facultades relativas a la estancia

1. Formular y Ratificar denuncias y querellas en los casos de delitos tipificados en la Ley General de Población y en otras normas jurídicas (Nacionalidades de los grupos I, II y III)..."

A efecto de robustecer lo anterior se localizan las siguientes tesis jurisprudenciales que justifican la querrela por parte de la Secretaría de Gobernación en delitos previstos en la Ley General de Población.

Novena Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Septiembre de 2003

Tesis: 1a./J. 48/2003

Página: 225

QUERRELLA PRESENTADA POR ESCRITO. ES NECESARIA SU RATIFICACIÓN CUANDO SE FORMULE EN REPRESENTACIÓN DE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, POR DELITOS PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. Cuando la querrela se formule por escrito en los casos de delitos a que la Ley General de Población se refiere, debe ratificarse por el funcionario que la suscriba, en representación de la Secretaría de Gobernación; lo anterior es así, pues cuando se presenta verbalmente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 y 119 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con el artículo 143 de la ley señalada, el Ministerio Público debe cerciorarse de que el servidor público que la formula es representante de la Secretaría de Gobernación y que tiene facultades para presentarla en su nombre, hacer constar que se hizo de manera verbal en el acta que levante y recabar la firma o huella digital de quien la presente, por lo que en este caso resulta ociosa la ratificación. En cambio, cuando la querrela es presentada ante el Ministerio Público por escrito, éste debe cerciorarse de la legitimación del

funcionario que la suscribe, recabar la firma o huella digital de quien la presente, y sobre todo, asegurarse de la identidad del querellante, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada y requerir al signante para que se conduzca bajo protesta de decir verdad, con el apercibimiento de las penas en que incurre quien declara falsamente ante las autoridades, lo cual sólo será posible llevar a cabo a través de la ratificación del escrito ante el órgano investigador, con la presencia del querellante, con lo que incluso se da certeza sobre la persona en quien habrá de fincarse la responsabilidad correspondiente, en el supuesto de que resulten falsos los hechos afirmados en el escrito de querrela.

Contradicción de tesis 143/2002-PS. Entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito y el actual Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 27 de agosto de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Tesis de jurisprudencia 48/2003. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintisiete de agosto de dos mil tres.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Junio de 1996

Tesis: XX.76 P

Página: 925

QUERRELLA. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 143 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. BASTA LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD EXTERNADA POR ALGUNO DE LOS REPRESENTANTES DE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN PARA QUE QUEDE SATISFECHO EL. La querrela que como requisito de procedibilidad necesario para el inicio de la actividad investigadora exige el artículo 143 de la Ley General de Población, no necesita del empleo de formalidades para tenerla por satisfecha sino que es suficiente la manifestación de voluntad de la Secretaría de Gobernación expresada por alguno de sus representantes para que dicho requisito quede satisfecho; por tanto, si de las constancias procesales se advierte que se cumplió con el requisito de procedibilidad exigido y con ello se exteriorizó la voluntad de poner en actividad a la autoridad para la persecución de un hecho que se considere delictuoso, es incuestionable que con ello se dio cabal cumplimiento al artículo 143 de la Ley General de Población en comentario.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 162/96. José Luis Flores Pacheco. 17 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 143/2002-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 48/2003, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVIII, septiembre de 2003, página 225, con el rubro: "QUERRELLA PRESENTADA POR ESCRITO. ES NECESARIA SU RATIFICACIÓN CUANDO SE FORMULE EN REPRESENTACIÓN DE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, POR DELITOS PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN."

No pasa desapercibido el hecho que en treinta de julio de dos mil dos haya entrado en vigor el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, por el que se abrogó el de treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, pues el referido Acuerdo por el que se delegan facultades para autorizar trámites migratorios y ejercer diversas atribuciones previstas en la Ley General de

Población y su reglamento en favor de los Coordinadores de Regulación de Estancia, de Control de Migración y del Jurídico del Instituto Nacional de Migración, así como de los Directores, Subdirectores y Jefes de Departamento a su cargo, publicado en el diario oficial en quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, como su propio nombre lo dice, delega facultades para autorizar trámites migratorios y ejercer diversas atribuciones **previstas en la Ley General de Población y su reglamento**, por lo que no deja de surtir efectos lo ordenado en éste, de conformidad con los preceptos que en el mismo se establecen, y no se oponga a las disposiciones del referido Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, continuará vigente hasta en tanto haya disposición expresa que manifieste lo contrario, pues se reitera, mientras haya disposiciones que deleguen facultades migratorias, el multireferido acuerdo seguirá surtiendo efectos, sin necesidad de publicar uno en ese sentido, cada vez que las leyes o reglamentos de la materia abroguen el anterior, lo que se asevera en razón de lo establecido en los artículos transitorios de los Reglamentos Interior de la Secretaría de Gobernación y de la Ley General de Población, publicados en treinta de julio de dos mil dos y catorce de abril de dos mil, respectivamente, esto es, posteriores al acuerdo por el que se delegan facultades publicado en quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, pues respectivamente rezan:

"...

SEGUNDO. Se abrogan el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1998 y sus reformas y adiciones, así como el decreto que abroga el diverso por el que se creó el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, Centro Nacional de Estudios Municipales que tiene como finalidad el cambio de denominación por el de Centro Nacional de Desarrollo Municipal y la reorientación de sus objetivos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, y se derogan todas las disposiciones administrativas que se opongan al presente Reglamento Interior.

...

CUARTO. Las menciones que las leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas hagan de servidores públicos, unidades administrativas u órganos administrativos desconcentrados de la Secretaría de Gobernación cuya denominación, funciones o atribuciones se vean modificadas con motivo de la entrada en vigor del presente Reglamento Interior, se entenderán referidas a los servidores públicos, unidades administrativas u órganos administrativos desconcentrados que, conforme al mismo, sean competentes en la materia de que se trate.

...”

En virtud de lo anterior, el agente del Ministerio Público Investigador, debe asegurarse de la identidad del querellante, de su legitimación, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querrela y en los que se apoye, por lo que al no colmar tales formalidades, es claro que, no se cubriría el requisito de procedibilidad; por tanto, si la querrela no se formula y ratifica por parte de los Coordinadores de Regulación de Estancia, de Control de Migración o de la Coordinación Jurídica del Instituto Nacional de Migración, así como de los Directores, Subdirectores y Jefes de Departamento, de la Coordinación Jurídica del Instituto Nacional de Migración, que son los facultados por la ley para tales efectos, esa omisión traería como consecuencia la deficiente integración de la averiguación previa; de ahí, que en la práctica, el Juez de Distrito al abocarse al estudio para determinar si se encuentra cubierto el requisito de procedibilidad, debe partir de la querrela que fue formulada, por lo que en ese sentido debe precisar si quién la formuló se encontraba facultado para ello, habida cuenta que de no ser así, se convertiría en un obstáculo procesal, ya que por tal motivo, podría provocarse el dictado de un auto de libertad durante el proceso, ya sea dictado por el Juzgado de Distrito o por el Tribunal Unitario que conozca de la apelación en su caso.

CAPÍTULO CUARTO. CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO FRENTE A LA COMISIÓN DE DELITO EN TERRITORIO NACIONAL.

4.1 CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Pese a la irregularidad de la situación migratoria de algunos extranjeros, estos tienen, en principio, la capacidad jurídica para ser juzgados ante los tribunales mexicanos; de hecho, es una garantía constitucional que se basa en el artículo 1º. Las garantías constitucionales son derechos fundamentales de los hombres, que deben ser respetadas por el Estado, sin importar las circunstancias particulares que pesan sobre los individuos. En consecuencia, el extranjero puede ser juzgado y sentenciado por los tribunales nacionales, amén de la competencia que sobre el particular pudieran tener los tribunales de otros países. Lógicamente habrá de cumplir lo que la sentencia jurisdiccional le ordene.

El procedimiento penal implica el desarrollo de varias etapas dentro de las cuales se deben investigar los hechos que presuntamente constituyen delitos, así como la probable responsabilidad de la o las personas que hubiesen participado en los hechos para posteriormente enjuiciarlos de acuerdo a derecho, y de ser procedente aplicarles la sanción que corresponda.

Algunos autores estudiosos del derecho exponen que para efectos didácticos y legislativos, el enjuiciamiento se puede descomponer en diversas fases, a saber:

1. La primera es de naturaleza inquisitiva; y
2. La segunda es acusatoria.

Sin embargo señalan que la doctrina no se ha podido poner de acuerdo en el nombre y número de fases, etapas o periodos en que se divide el proceso.

Estas etapas se basan en el sistema procesal del Código Napoleónico. El primer periodo se caracteriza por la recolección de datos, y determinar al presunto

responsable de la comisión de un delito, y reunir los elementos que hagan presumir que los hechos denunciados son probablemente delictuosos. A esta primera etapa se le suele denominar de distintas formas, tales como: proceso preliminar, sumario, instrucción, juicio informativo.

En el segundo periodo se especifica la pretensión punitiva en base a los hechos investigados, periodo al que se llama “principal”, plenario o juicio. En el mismo se reconoce que las etapas tal y como han sido descritas no se llevan a cabo de manera idéntica en la práctica, siempre y cuando se atiende a las características reales de un determinado sistema de enjuiciamiento penal. Tomando como base estos dos periodos, los códigos procesales han creado otras etapas o subfases, mismas que han sido tomadas por la doctrina para su estudio.

El autor *Jorge Alberto Silva Silva*, tomando en cuenta el Código Federal de Procedimientos Penales y algunos otros códigos procesales de la materia al interior de la república hace mención de los siguientes procedimientos sin que todos ellos puedan constituir fases de un solo proceso.

Averiguación previa.- Durante esta etapa, el Ministerio Público está encargado de la investigación de los hechos que se denuncian y determinar si los mismos pueden constituir delito, y al mismo tiempo hallar al presunto responsable.

Preinstrucción.- En este periodo se realizan una serie de diligencias tendientes a determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de estos de acuerdo al tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, o en su caso, determinar la libertad del inculpado por falta de elementos.

Instrucción.- Dentro de ella se concentran las diligencias que se practican ante los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias de su comisión y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad penal.

Primera instancia.- Etapa dentro de la cual el Ministerio Público precisa su pretensión, mientras que el acusado alega su defensa ante el tribunal, quien valora los elementos probatorios a fin de dictar sentencia definitiva.

Segunda instancia.- Periodo durante el cual se resuelven los recursos propuestos por las partes.

Ejecución.- Periodo que corre a partir de que causa ejecutoria la sentencia hasta la extinción de las sanciones impuestas.⁷⁷

El mismo autor critica a distintos juristas mexicanos “de exegéticos”⁷⁸ al determinar las distintas etapas del enjuiciamiento penal, sin recurrir a otro tipo de metodología.

Cita a *Manuel Rivera Silva*, para quien la averiguación previa es un periodo de preparación de la acción a la preinstrucción, preparación del proceso. El autor sostiene que el proceso inicia mucho después de que se promueve la acción, siguiéndole el proceso o instrucción.

Fernando Arilla Bas prefiere llamarlos periodo de dirección de la acción y de desarrollo del procedimiento.

Alberto González Blanco prefiere llamarlas: preparación de la acción o averiguación previa.

⁷⁷ Cfr. **SILVA SILVA**, Jorge Alberto, “Derecho Procesal Penal”, 2ª edición, Oxford University Press, México, 1995. pp, 221 a 223.

⁷⁸ La Escuela de la Exégesis se considera como una corriente científica, la cual surge vinculado al texto por excelencia del pensamiento jurídico contemporáneo, el Código civil francés o *Códe* de Napoleón. A este movimiento se le considera dogmático, formado por profesores de las Facultades de derecho, en donde se realizan depuraciones a la ciencia del derecho civil a fin de librarla de preceptos no positivistas, o mejor dicho, todo aquello que no se desprenda del texto. Rechazan cualquier forma de interpretación de la ley alterando su significado real, y por lo tanto pone en peligro el ideal de seguridad jurídica, así como la neutralidad del intérprete. Cfr. **CALVO GARCÍA**, Manuel. “Los fundamentos del método jurídico.” Editorial Tecnos, España, 1994, p.87.

Olga Islas y Elpidio Ramírez sostienen la existencia de un periodo de preparación de la acción, averiguación previa y proceso.

Juan José González Bustamante denomina a la averiguación previa como etapa preprocesal. A partir de la promoción de la acción se inicia la instrucción y posteriormente viene el juicio.

Guillermo Colín Sánchez reconoce la averiguación previa, la instrucción y el juicio.

Sergio García Ramírez etiqueta a la averiguación previa bajo el nombre de “instrucción administrativa”. A la instrucción judicial la divide en dos periodos: en el plenario se dan los actos previos al juicio, seguidos de la audiencia y la sentencia.⁷⁹

Conocidas que son las etapas del proceso penal según la opinión de algunos doctrinarios es menester que se hable del sujeto activo del delito, de sus derechos y obligaciones durante las distintas etapas del procedimiento, atendiendo al texto de la Constitución Política y del Código Federal de Procedimientos Penales.

Carlos Barragán Salvatierra en su libro de derecho procesal penal, entre otras cosas, desarrolla el tema de las distintas hipótesis en que el sujeto activo puede ser privado de la libertad, las facultades de las autoridades para ello, el goce de la libertad provisional así como los supuestos en que este derecho procede.

El autor reconoce la transformación jurídica del sujeto activo del delito; durante la averiguación previa lo llama indiciado; durante el proceso una vez que se le ha dictado el plazo constitucional, ya sea auto de formal prisión o sujeción a

⁷⁹ Cfr. **SILVA SILVA**, Jorge Alberto. Op. Cit. pp. 225 y 226.

proceso, será procesado, una vez desahogadas las probanzas y al formular el representante social sus conclusiones de culpabilidad, recibirá la denominación de acusado, mientras que al dictarle sentencia se le conoce bajo el nombre de sentenciado, y finalmente al causar ejecutoria la sentencia se denominara reo.⁸⁰

El autor considera inapropiado usar la expresión de “reo” durante la etapa de la averiguación previa para nombrar al inculpado, por lo que el prefiere usar la expresión “indiciado”. Sin embargo, reconoce que en materia civil se utiliza la expresión “reo” para referirse al demandado.

El sujeto activo es la persona cuya conducta se investiga y luego se enjuicia, ya sea para condenarlo o absolverlo por la comisión de algún delito. El sujeto activo en todos los regimenes democráticos tiene derechos y obligaciones dentro del proceso, sobre todo tomando en consideración que alrededor de él gira todo el proceso penal.

El mismo autor cita a *Hernández Pliego* quien diferencia entre lo que se debe entender por sujeto activo e inculpado. El primero es la persona física que participó de alguna manera en la comisión de algún delito. El inculpado puede serlo cualquier persona aunque no hubiese intervenido de forma alguna en la comisión de los delitos que se le imputan. Cualquier acusado entra en la calidad de inculpado, aunque lo mejor sería que en todo momento ambos conceptos siempre se identificaran. De igual forma el autor no coincide con la diferenciación hecha por *Hernández Pliego*, y al mismo tiempo propone la terminología utilizada por Guillermo Colín Sánchez, lo que textualmente se cita:

“Indiciado: Es el sujeto en contra de quien existen sospechas de que cometió algún delito.

Presunto responsable: en contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido el autor de los hechos que se le atribuyen.

Imputado: es aquel a quien se le atribuye un delito.

⁸⁰ **BARRAGÁN SALVATIERRA**, Carlos,” Derecho Procesal Penal” , McGraw-Hill, México, 2002. p. 195

Inculpado: Es al que se le atribuye la comisión o participación de un hecho delictuoso.

Encausado: es el sometido a una causa o proceso.

Procesado: es el que está sujeto a un proceso.

Incriminado: es el mismo que el término inculpado e imputado.

Presunto culpable: es contra quien existen elementos suficientes para suponer que en el momento procesal oportuno será objeto de una declaración jurídica que lo considere culpable.

Enjuiciado: al que se le sigue un juicio.

Acusado: es contra quien se ha formulado una acusación.

Condenado: Es el que está sometido a una pena o condena.

Reo: es aquel sobre el que la sentencia ha causado ejecutoria y está obligado a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente.”⁸¹

Basado en la opinión de *Guillermo Colín Sánchez*, *Carlos Barragán* considera un error que el legislador ocupe los términos de inculpado, reo, procesado, etc., como si se tratara de sinónimos, pues técnicamente la denominación que se utiliza depende de la situación jurídica de la persona, que va variando durante el transcurso del procedimiento. Es por ello que nunca se debe equiparar al sujeto activo con el inculpado, ya que la situación jurídica de ambos es totalmente distinta; mientras que la persona solo se puede considerar sujeto activo hasta que la sentencia haya causado ejecutoria, el inculpado lo será cualquiera al que se le atribuya su participación en un hecho delictivo.⁸²

4.1.1 COMO INCULPADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La facultad del Ministerio Público para investigar y perseguir delitos se funda en los artículos 21 y 102 apartado “A” de la Constitución General de la República, siendo éste el momento procesal que se conoce bajo el nombre de “averiguación previa”, cuyos actos tienden a decidir sobre el ejercicio o no de la acción penal, en base al conocimiento de la verdad histórica.

⁸¹ *Ibíd.* p. 197.

⁸² *Ibídem.* p, 198.

Para *Cesar Augusto Osorio y Nieto*, el artículo 21 de la Norma Fundamental contempla al mismo tiempo, la facultad del Ministerio Público para investigar hechos presuntamente delictivos con el auxilio de la Policía Judicial. El precepto constitucional en cita constituye al mismo tiempo una garantía para los gobernados, pues solo pueden ser investigados con motivo de hechos presuntamente delictivos, por el Ministerio Público y sus auxiliares, sin que exista otra autoridad competente para ello.⁸³

La actividad del Ministerio Público en materia penal da inicio a partir de que tiene conocimiento de los hechos que presuntamente constituyen delito, pues de lo contrario, la averiguación previa se sostendría en una base sumamente débil, que podría repercutir negativamente en las garantías individuales del gobernado. El Ministerio Público como perito en materia penal, tiene capacidad para distinguir cuando los hechos que se le hacen saber pueden constituir probablemente un delito, y cuando no.

Osorio y Nieto concibe la averiguación previa desde tres perspectivas distintas, a saber “*como atribución del Ministerio Público; fase del procedimiento penal y expediente. Conforme al primer enfoque, la averiguación previa es la facultad que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga al Ministerio Público para investigar delitos; en tanto que fase del procedimiento penal puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo, y en su caso, comprobar, o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal; finalmente considerada como expediente, la averiguación previa es el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo, y en su caso comprobar, o no, el cuerpo del*

⁸³ Cfr. **OSORIO Y NIETO**, Cesar Augusto, “La Averiguación Previa”, 11ª edición. Porrúa. México; 2000. P. 3.

delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".⁸⁴

Por su parte, *Sergio García Ramírez*, concibe a la averiguación previa como un procedimiento administrativo, atendiendo a la esfera competencial en que se encuentra inmerso el Ministerio Público, siendo el objeto de la averiguación previa la obtención precisa de los hechos típicos, responsabilidad delictuosa, personalidad del infractor, sanción penal y reparación del daño de la víctima.⁸⁵

Estemos o no de acuerdo con las anteriores concepciones, la averiguación previa constituye efectivamente un procedimiento preprocesal en el que han de recabarse todos los datos que permitan establecer el cuerpo del delito y señalen a un probable responsable, en la que el Ministerio Público actúa en su calidad de autoridad y quien tiene la responsabilidad de dirigir los esfuerzos de distintas personas para el logro de dicho fin.

Al Ministerio Público no le corresponde juzgar los hechos, ya que tan solo se debe limitar a investigar la realidad histórica de los hechos, con un criterio sumamente imparcial. Hay que hacer énfasis de que no se trata de fabricar delitos y delincuentes, y que no todos los hechos que se ponen en su conocimiento son constitutivos de delitos.

Siempre que tenga conocimiento de hechos que se presumen delictuosos deberá convencerse de que la conducta del indiciado es típica, antijurídica y culpable, elementos sin los cuales se verá imposibilitado para ejercer acción penal en su contra, mediante la resolución correspondiente.

Afirma *Fernando Barrita López* que, la diferencia entre la averiguación previa y el proceso penal es que en la primera la autoridad tiene que demostrar plenamente el cuerpo del delito y solamente la probable responsabilidad, mientras

⁸⁴ *Ibíd.* Pp. 4 y 5.

⁸⁵ **GARCÍA RAMÍREZ**, Sergio, "Justicia y Sociedad", UNAM. México; 1994. P. 419.

que en el proceso si debe acreditarse fehacientemente el delito y la responsabilidad del procesado.⁸⁶

Para *Fernando Barrita López* la etapa de averiguación, se divide en dos: previa y posterior, y afirma que el Ministerio público no deja de averiguar sino hasta antes de que se formulen las conclusiones, dentro del proceso penal⁸⁷. Podré o no estar de acuerdo con dicha afirmación; sin embargo, solo durante la etapa que se conoce como averiguación previa, que finaliza con la consignación o no ejercicio de la acción penal el Ministerio Público actúa en calidad de autoridad, y después de esto se convierte en tan solo parte del juicio penal, tal y como lo sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis que a continuación se cita:

Novena época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Febrero de 2001

Página: 9

MINISTERIO PÚBLICO. DEJA DE TENER EL CARÁCTER DE AUTORIDAD UNA VEZ DICTADO EL AUTO DE RADICACIÓN DE LA CAUSA, POR LO QUE LAS PRUEBAS QUE APORTE POSTERIORMENTE SON PROVENIENTES DE PARTE Y SI SON RECIBIDAS CON CONOCIMIENTO DEL INCUPLADO Y DE SU DEFENSOR, PROCEDE CONSIDERARLAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EN EL DE SUJECCIÓN A PROCESO. La etapa de preinstrucción que abarca desde la radicación por el Juez, hasta el auto que resuelva la situación jurídica del inculpado, constituye un periodo procedimental que debe reunir las formalidades esenciales requeridas por los artículos 14, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre las cuales se encuentran las de hacer saber al indiciado, previamente a serle tomada su declaración preparatoria, los nombres de quienes presentaron la denuncia o querrela y de quienes fueron los testigos que declararon en su contra, así como cuáles fueron los hechos que se le atribuyen como delictivos que hayan motivado la integración de la averiguación previa, y cuáles son los elementos de prueba que pudieran determinar su presunta responsabilidad, ello a efecto de que pueda proveer la defensa de sus intereses y aportar, en su caso, pruebas de inocencia. Es en razón de lo anterior, que a partir de que el órgano jurisdiccional radica la causa penal, las actuaciones posteriores que llegare a realizar el Ministerio Público en ejercicio de su pretendida atribución investigadora, relacionadas con los hechos respecto de los cuales efectuó la consignación ante el Juez penal, no podrá legalmente proponerlas como prueba de autoridad en la fase de preinstrucción, menos una vez que ha sido tomada ya la declaración preparatoria del inculpado, porque se tratará de actuaciones practicadas por quien ya no es autoridad, pues debe tomarse en cuenta que surgieron sin la intervención del órgano jurisdiccional y de las que, como parte en la relación procesal y que debieran constar en formal actuación judicial, no tuvo conocimiento e intervención el inculpado. Sin embargo, ello no impide que el Ministerio Público, como parte, pueda aportar pruebas, mas las que proponga en esa etapa de preinstrucción, deben aportarse y recibirse ante el Juez con conocimiento del inculpado. En tal virtud, el Juez al dictar el auto que resuelva la situación jurídica del inculpado, deberá cerciorarse del cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento en la preinstrucción y, con base en ello, las pruebas de cargo que presente el

⁸⁶ **BARRITA LÓPEZ**, Fernando, "Averiguación Previa", 2ª edición. Porrúa. México; 1994. Pp. 17 a 19.

⁸⁷ Cfr. *Ibíd.* Pp. 20 y 21.

Ministerio Público, puede considerarlas para los efectos del acreditamiento del tipo penal y de la presunta responsabilidad del inculpado, si previamente, como se estableció, fueron hechas del conocimiento de éste y de su defensor, pues de esta forma se respeta el equilibrio procesal de las partes.

Contradicción de tesis 63/98. Entre las sustentadas, por una parte, por los Tribunales Colegiados Primero del Décimo Tercer Circuito, Primero del Décimo Cuarto Circuito y Primero en Materia Penal del Primer Circuito y, por otra, por el Segundo del Vigésimo Primer Circuito. 22 de noviembre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Tesis de jurisprudencia 40/2000. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintinueve de noviembre de dos mil, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

De forma distinta, el indiciado durante la averiguación previa se transforma en procesado una vez que se ha determinado su situación jurídica por el Juez que conozca la causa penal, dentro del término constitucional.

El inculpado o indiciado en la averiguación previa tiene una serie de derechos procesales que le son reconocidos desde la misma Constitución Política, muchos de los cuales, en el delito de que trata la presente tesis no pueden ser ejercidos en la práctica por los extranjeros que son detenidos en nuestro territorio por virtud de su ilegal estancia en él y el desconocimiento de los mismos, ya que sus condiciones personales les impiden la adecuada defensa de sus intereses, en consecuencia, la averiguación llega a ser consignada ante los tribunales para la prosecución del proceso.

El artículo 20, en su apartado "A" contempla las garantías procesales en beneficio del inculpado durante la averiguación previa, mismas que a continuación se citan y se comentan:

"En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. DEL INCULPADO:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como

grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;...”

En el presente caso en estudio, el delito previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población, no está considerado como grave, por lo cual se puede obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución, sin embargo dicho beneficio no está al alcance de la mayoría de los extranjeros que son detenidos por haberse internado ilegalmente al país con el fin de llegar a los Estados Unidos de Norteamérica, o en su caso, buscar las oportunidades de trabajo que en su país no han logrado, dentro del territorio mexicano. Aunque no necesariamente, se trate de gente que por sus características se pueda reputar peligrosa, son detenidos y se les priva de la libertad, para luego enjuiciarlos y después de unos meses de estar reclusos en cárceles y centros de readaptación social del país son expulsarlos del territorio nacional; sin que pase desapercibido el hecho que algunos de ellos son reincidentes.

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

En ocasiones, los indocumentados son presionados por los agentes de la policía, pero no para tomar su declaración, sino que son sujetos de extorsión, quienes a cambio de una dádiva para evitar ser aprehendidos y puestos a

disposición de la autoridad competente, ya que saben que debido a su estancia ilegal pueden ser deportados a su país de origen. Así se les incomunique o se les torture, no saben que la Constitución los protege por su mera condición de seres humanos. La ignorancia y la pobreza son condiciones que en muchos de los casos, impiden a estas personas que exijan sus derechos procesales.

“V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.”

Los únicos testigos que pudieran presentar en un momento determinado sería la gente que les acompaña durante su peregrinación, quienes pudieran ser también ilegales o en su caso los llamados polleros, quienes por supuesto no se presentan por temor a ser expulsados del país o en su defecto, por lo que hace a los segundos, también ser sujetos a un proceso penal.

“VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.”

Aunque le sean facilitados todos los datos necesarios que obren en el expediente para su mejor defensa, se trata de personas que poco les preocupa una defensa adecuada, quienes de antemano saben que lo peor que les puede ocurrir es ser expulsado del país, para luego intentar ingresar de nuevo teniendo mayor éxito.

“IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;...”

La defensa de los derechos de los inculpados extranjeros, en situación de ilegalidad, normalmente queda a cargo de defensores de oficio, por la misma razón de la situación precaria en que vive la mayoría de ellos. El Estado desperdicia las horas hombre de sus defensores en asuntos que prácticamente no hay nada que defender y mismos que serán resueltos en contra del inculpadado, en lugar de ocupar su experiencia en asuntos de mayor relevancia.

4.1.2 COMO PROCESADO DURANTE LA SECUELA DEL PROCESO PENAL.

Garantías constitucionales del procesado durante la secuela del proceso.-

El artículo 19 constitucional dispone:

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer posible la responsabilidad del indiciado. “

Precisamente a partir de que se dicta el auto de formal prisión, la situación del inculpadado se transforma para ser un procesado. Desde aquel momento procesal queda en manos del juez determinar su responsabilidad penal.

El mismo precepto constitucional en su párrafo tercero dispone:

“Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.”

En el auto de formal prisión, la autoridad judicial deberá señalar que el delito por el que se juzga a la persona de que se trata es el que se contempla en el artículo 123 de la Ley General de Población, aunque durante su permanencia

en territorio nacional hubiere cometidos otros delitos, los que habrán de ser investigados y juzgados por cuerda separada.

“Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.”

Lamentablemente las prisiones en México son sitios en que priva la corrupción, la tranza y la extorsión. Es un sitio en que las personas inocentes que ingresan se pervierten; los perversos conviven con gente peor que ellos, y los delincuentes aprenden a delinquir con mejores técnicas; en fin, se trata del infierno en la misma tierra, según lo pueden atestiguar los internos. La gente debe pagar una cuota para sobrevivir, para evitar molestias por los mismos internos. Todos los vicios al interior de las prisiones no han podido ser combatidos eficazmente por las autoridades de gobierno. Prostitución, tráfico de drogas, extorsión y otras actividades se cometen diariamente en las cárceles, situación en la que por ningún motivo deben vivir los hermanos indocumentados. No es justo ni para el contribuyente, ni para el indocumentado, ni para el Estado conservar privados de su libertad durante un periodo prolongado de tiempo a los extranjeros que se internan ilegalmente al país. Debemos ser más sensibles ante su realidad y en la medida de lo posible evitar que pisen la cárcel, al menos mientras nuestro sistema penitenciario sea rehén de las mafias y de los abusos.

El procesado goza de algunas otras garantías previstas en el artículo 20 constitucional apartado “A”, de las que por su propia naturaleza no puede gozar durante la etapa de la averiguación previa, tales como:

“III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.”

La falta del documento que pruebe el legal internamiento al país de la persona extranjera hace prueba plena del delito de que se le acusa. Normalmente en su declaración preparatoria señalan su país de origen y los motivos que los han orillado a abandonar su país e internarse en otro en la búsqueda de mejores oportunidades de vida. México se sabe, fundamentalmente como un país de paso; es decir, que por su situación geográfica debe cruzarse para llegar a los Estados Unidos de Norteamérica.

“IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;”

Los careos en nada le ayudarán para resolver el proceso en su favor, pues su situación jurídica no depende de hechos que hayan sido observados por terceras personas, sino de una situación jurídica que debe probarse mediante los documentos expedidos por las autoridades migratorias de nuestro país.

“VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación...”

La garantía de publicidad de las audiencias es relevante para transparentar la labor de los jueces, y así evitar que se cometan irregularidades, o que los procesos se sigan de manera oscura con el afán de lesionar el interés jurídico de cualquiera de las partes.

4.1.3 COMO ACUSADO DURANTE EL JUICIO.

Una vez finalizado el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes o en su caso las decretadas de oficio por el juzgador, se ordenará el cierre de la instrucción, señalándose fecha y hora para la celebración de la audiencia de vista, que produce los efectos de citación para sentencia, en la que el Ministerio Público

presenta o ratifica sus conclusiones acusatorias, en las que deberá mediante una exposición de los hechos, precisar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del acusado, citando las leyes y jurisprudencias aplicables al caso concreto, refiriendo las circunstancias que habrán de tomarse en consideración para la individualización de la pena y la aplicación de las sanciones correspondientes, acusación que se pone a la vista de la defensa y del acusado para que formulen las conclusiones que estimen pertinentes, que en presente caso en estudio hay muy poco de defender, ya que no cuentan con documento alguno que compruebe su legal estancia en territorio nacional, y una vez que cada una de las partes a formulados sus alegatos o ratificado sus respectivas conclusiones se declara visto el proceso, pudiéndose dictar la sentencia en la misma audiencia o dentro de los cinco días siguientes, aún que en la práctica debido a la carga de trabajo que se acumula en los juzgados no siempre es dictada la sentencia dentro del término señalado.

“VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;...”

En virtud del precepto constitucional, y toda vez que el delito previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población prevé una pena hasta por dos años de prisión, la persona extranjera que sea juzgada por su ilegal internamiento en el país debe enfrentar un proceso que no exceda de cuatro meses; sin embargo en muchas ocasiones el desahogo del proceso dura más que la pena impuesta por el juez de la causa, circunstancia que invita a reflexionar sobre la tardanza en el sistema de impartición de justicia y la necesidad de modificar una serie de políticas gubernamentales ya sean administrativas o judiciales que incidan directamente en beneficio del Estado y del procesado en este tipo de casos, a efecto de una pronta y expedita impartición de justicia y en beneficio de los ilegales indocumentados para no mantenerlos privados de su libertad.

4.1.4 COMO SENTENCIADO O REO DURANTE EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Me parece muy interesante la manera en que *Fernando Arilla Bas* comienza el tratamiento de la ejecución de las penas. El autor precisamente comienza con dos interrogantes, a saber: ¿Tiene el condenado el deber jurídico de cumplir la pena?, ó ¿Tiene el Estado un derecho de ejecutarla?

En la opinión de tan distinguido autor, la persona a quien se impone una pena debe cumplirla sin que medie coacción del Estado, pues de lo contrario la persona incurriría en otra conducta típica como lo es el quebrantamiento, cuyas hipótesis están previstas en los artículos 157 a 159 del Código Penal Federal.⁸⁸

“ARTÍCULO 157

Al sentenciado a confinamiento que salga del lugar que se le haya fijado para lugar de su residencia antes de extinguirlo, se le aplicará prisión por el tiempo que le falte para extinguir el confinamiento.”

“ARTÍCULO 158

Se impondrán de quince a noventa jornadas de trabajo a favor de la comunidad:

I.- Al reo sometido a vigilancia de la policía que no ministre a ésta los informes que se le pidan sobre su conducta, y

II.- A aquel a quien se hubiere prohibido ir a determinado lugar o a residir en él, si violare la prohibición.

Si el sentenciado lo fuere por delito grave así calificado por la ley, la sanción antes citada será de uno a cuatro años de prisión.”

“ARTÍCULO 159

El reo suspenso en su profesión u oficio, o inhabilitado para ejercerlos, que quebrante su condena, pagará una multa de veinte a mil pesos. En caso de reincidencia, se duplicará la multa y se aplicará prisión de uno a seis años.”

La pena que se impone a la persona que resulte responsable del delito previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población, no solo es privado de su libertad, sino que también se le impone una multa que origina un derecho a favor del Estado por la cantidad que puede oscilar entre los trescientos y los cinco

⁸⁸ Cfr. **ARILLA BAS**, Fernando, “El procedimiento penal en México”, Divulgación Literaria Mexicana, México; 1961.p. 249.

mil pesos. Esto convierte al reo en deudor del Estado, quien al no pagar voluntariamente, es coaccionado por el Estado para el pago; sin embargo, en el caso de los extranjeros que se han internado ilegalmente en el país es muy poco factible que puedan pagar la multa que se les imponga, en primer lugar porque no portan más dinero, y además se trata de gente pobre, sin solvencia económica.

Esto nos hacen pensar que el Estado gasta en el sistema de procuración y administración de justicia, en la reclusión y en los medios de transporte que sean necesarios para regresarlos a su país de origen, o al menos regresarlos a la frontera sur (en la mayoría de los casos), además de su alimentación; esto genera un gasto para el Estado Mexicano, inútil por cierto, ya que la situación jurídica de estas personas los conduce a la misma finalidad “ser expulsados del país”.

Por lo que hace a las penas privativas de la libertad, cabe señalar en primer lugar que son impuestas por el órgano jurisdiccional sobre una base legislativa y que deben ser vigiladas por los órganos administrativos competentes, con fundamento en el artículo 77 del Código Penal Federal. Esto significa que los tres poderes están involucrados en el cumplimiento de las penas.

El fundamento constitucional del sistema penitenciario lo encontramos en el artículo 18, que a la letra dice:

“Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. el sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la federación y de los estados organizaran el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgaran sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del ejecutivo federal.

La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la república para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la república, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al ejecutivo federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos solo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.”

En virtud de los preceptos constitucionales y legales, las mujeres deben cumplir sus penas en distintos lugares de aquellos destinados a los hombres, los procesados deben permanecer en lugar distinto al que ocupan los reos y los menores infractores así como los enfermos mentales deben ser internados en lugares distintos a los imputables. Sin embargo, en la realidad, no todos estos postulados son cumplidos. Incluso, los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. En virtud de lo anterior, es urgente la firma y cumplimiento de una serie de tratados en el ámbito migratorio, principalmente entre los países de América Latina.

Todos los países latinoamericanos tenemos en común el empobrecimiento crónico de la gran mayoría de la población, motivo por el cual mucha gente de estos países tiene como meta, llegar a los Estados Unidos, o los países de la región menos pobres para mejorar su calidad de vida.

Es tan leve la pena que se les impone a los “indocumentados” que en muchos casos la prisión preventiva rebasa la pena impuesta por el juez, cuando no es así, es conveniente expulsarlos inmediatamente para que purguen sus penas en cárceles del país de donde son residentes.

Toda vez que las penas impuestas a quienes cuya conducta se adecue a la hipótesis prevista en el artículo 123 de la Ley general de Población es muy baja, no se puede hablar de la adopción de políticas públicas en materia de readaptación social. La pena es sinónimo de castigo, en el caso concreto.

De esta forma, la persona extranjera que sea juzgada por su ilegal internamiento en el país debe enfrentar un proceso que no exceda de cuatro meses; sin embargo, tomando en consideración que el delito previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población esta sancionado con una pena **hasta** de dos años de prisión, de lo cual se desprende que establece un máximo de la pena, mas no establece un mínimo, a lo cual habrá de estarse a lo previsto por el artículo 25 del Código Penal Federal que establece:

*“La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración **será de tres días a sesenta años...**”*

De lo anterior se desprende que en la mayoría de los casos, al no haber circunstancias que agraven el delito, y los procesados son primodelincuentes, se les impone la pena mínima que sería de tres días o en su caso una de penalidad muy baja, y tomando en consideración el tiempo que puede tardarse en desahogarse la totalidad del proceso penal, aunado a las cargas de trabajo que tenga el juzgador, en muchas ocasiones, se les priva de la libertad por varios meses y se les condena a una pena irrisoria, que debido al tiempo que han permanecido en prisión, al dictar la sentencia se les tiene por compurgada dicha pena, circunstancia que me parece absurda, ya que no solo es el hecho del tiempo, horas hombre o recursos que se puedan gastar por parte del personal del juzgado, sino lo mas importante, la libertad de una persona, que permanece en

prisión por meses para que se le imponga una pena de días, circunstancia que considero totalmente injusta.

4.2 EFECTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN AL APLICARSE AL INculpADO EXTRANJERO.

En la opinión de *Jesús Zamora Pierce* “*Un Estado respetuoso de los derechos humanos debe proteger la libertad física de todos los individuos, y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la ley, mediante las formalidades y requisitos que ella establece.*”⁸⁹

Para la privación de la libertad de una persona se deben cumplir los requisitos ordenados por el artículo 16 de la Constitución Política, en cuya parte conducente a la letra manda:

“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.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

⁸⁹ ZAMORA PIERCE, Jesús, “Garantías y Proceso Penal”, 9ª edición, Porrúa, México, 1998. p. 12.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, en el acto de concluirla, una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Del texto constitucional se desprende el cumplimiento de los siguientes principios por parte de la autoridad:

- Que preceda una denuncia o querrela;
- Que se trate de hechos determinados por la ley como delitos, sancionado por lo menos con pena privativa de la libertad;
- Que existan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado;
- La solicitud del Ministerio Público;
- Que conste en mandamiento escrito;
- Que la dicte la autoridad competente.⁹⁰

Afirma el maestro *Barragán Salvatierra* que de acuerdo con la naturaleza y fin del proceso penal, las leyes que lo regulan imponen una serie de restricciones a la libertad personal del inculpado y luego procesado, con el objeto de asegurar la presencia de esta persona ante el órgano jurisdiccional. Él mismo señala que, las restricciones de la libertad bajo el supuesto anterior tienen un carácter netamente preventivo y no sancionador, porque se limita únicamente al tiempo que dura el proceso.⁹¹ Por el contrario, Sergio García Ramírez señala que pareciera injusto que un individuo cuya responsabilidad penal no ha sido determinada deba ser privado de su libertad provisionalmente. Este hecho, apunta, va en contra del

⁹⁰ *Ibíd.* pp. 12 a 18.

⁹¹ Cfr. **BARRAGÁN SALVATIERRA**, Carlos. *Op. Cit.* p, 207.

principio de presunción de inocencia. Si realmente este principio liberal fuese atendido no existiría la figura de la prisión preventiva, la que significa para muchos una pena anticipada de la sentencia. Más adelante reconoce que a pesar de las injusticias que esto representa, resulta imposible prescindir de forma absoluta de la prisión preventiva. Igualmente sostiene que la prisión cautelar se debe reducir a la mínima expresión necesaria.⁹²

Barragán Salvatierra reconoce que las cárceles de México están sobrepobladas, que rebasan en mucho la capacidad para las que fueron creadas. Esta es una de las razones en que se fundan los estudiosos para buscar fórmulas que permitan a los procesados gozar del beneficio de la libertad mientras se determina su situación jurídica de forma definitiva. Otra razón en que se fundamentan es relacionada con la dignidad y el respeto de los derechos fundamentales de la persona que es inculpada y procesada por la comisión de un delito.⁹³

Como ya se ha afirmado a lo largo del presente trabajo, los extranjeros que ilegalmente se internan al país, lo hacen principalmente por su situación de pobreza en que viven en sus países de origen. Esta realidad rebasa fronteras y no es privativo de un país determinado en América Latina. Tomando en cuenta esa consideración, son personas pobres las que normalmente caen en los supuestos de la migración ilegal.

La libertad provisional bajo caución es una garantía a favor del inculcado o del procesado para gozar de su libertad personal mientras se esclarece su situación jurídica definitiva o en su defecto se le dicte una sentencia. En mi opinión, no tiene ningún sentido que el extranjero ilegal detenido en territorio nacional pague una caución, y esto solo en los casos que pueden hacerlo, cuando al ser bien informado, se sabe infractor de la norma penal, y sabe que será

⁹² Cfr. **GARCÍA RAMÍREZ**, Sergio, “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Porrúa y UNAM, México, 1998. pp, 103 a 105.

⁹³ Cfr. **BARRAGÁN SALVATIERRA**, Carlos.- Op. Cit. pp, 207 y 208.

expulsado del territorio nacional. Sin embargo, el fundamento constitucional lo podemos encontrar en la fracción I del apartado “A” del artículo 20, que a la letra ordena:

“A. DEL INCULPADO:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;...”

Aunque el marco jurídico si lo permite, en la realidad no es factible que los “indocumentados” caucionen para llevar el proceso en libertad, ya que el beneficio de la libertad provisional bajo caución, casi en la mayoría de los casos no está al alcance de los extranjeros que son detenidos por haberse internado ilegalmente al país, a pesar de que el monto de la caución por obligaciones procesales que se les imponga sea bajo, o el del pago de la posible multa a imponer sea el de la pena mínima, la mayoría de los inmigrantes centro y sudamericanos son de condición humilde, y sus pocos ahorros los han gastado en solventar los gastos de su traslado o bien en el pago de los servicios de los llamados polleros. Se trata de gente insolvente, que no cuenta con los suficientes recursos, y debido a su pobreza, buscan mejores oportunidades económicas. Y aún cuando pudieran recibir ayuda de familiares o en algunos casos de sus embajadas para poder pagar las garantías tanto de obligaciones procesales, como de posible multa a

imponer en sentencia, consideró que es injusto el hecho que aún y cuando ya garantizaron su libertad provisional bajo caución, sólo es para no permanecer en las cárceles o centros de prevención y readaptación, pues no obtienen su libertad lisa y llana, ya que son entregados a las autoridades del Instituto Nacional de Migración, para permanecer detenidos en las estaciones de migración y posteriormente ser deportados a sus países de origen, y con ello al ser expulsados del país no están en condiciones de poder cumplir con las obligaciones que contrajeron al obtener el beneficio de libertad provisional, previstas en el artículo 411 del Código Federal de Procedimientos Penales como son:

“...Presentarse ante el tribunal que conozca de su caso los días fijos que se estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo tribunal los cambios de domicilio que tuviere, y no ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, el que no se lo podrá conceder por mayor tiempo de un mes...”

Con ello, al no poder presentarse a firmar el libro de procesados en libertad provisional, o al no presentarse a las diligencias señaladas para desahogo de pruebas, se les revoca la libertad provisional y se hacen efectivas las garantías exhibidas, circunstancia que considero totalmente injusta, ya que pierden el dinero que no tienen o que con sacrificios juntaron y de igual manera son deportados o expulsados del país.

El extranjero que ilegalmente se ha internado en el país, no es por ese solo hecho una persona peligrosa para la sociedad, y por ello no se corre ningún riesgo si este se haya en libertad, por lo que es muy difícil que el Ministerio Público se negara a concederle su libertad caucional cuando le ha sido solicitada, asimismo no es una conducta considerada como grave por la ley, por lo que le son aplicables las tesis de jurisprudencia que a continuación se citan:

Novena época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Noviembre de 2002

Página: 109

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL MINISTERIO PÚBLICO DEBE APORTAR PRUEBAS QUE JUSTIFIQUEN SU SOLICITUD DE QUE AQUÉLLA SE NIEGUE AL INCUPLADO EN CASO DE DELITOS NO GRAVES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Del desarrollo legislativo y de una interpretación auténtica del primer párrafo de la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que el Ministerio Público debe aportar pruebas que acrediten los argumentos por los cuales, en el caso de los delitos no graves, solicita al Juez que niegue al inculcado la libertad provisional bajo caución, por considerar que dicha libertad representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Esto es así, en atención a que, según se advierte del estudio del proceso legislativo del decreto de reformas a dicho precepto de la Carta Magna, publicado en el Diario Oficial de la Federación de tres de julio de mil novecientos noventa y seis, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, del Distrito Federal, y de Estudios Legislativos, Primera Sección, del Senado de la República, expresamente modificaron la iniciativa del Ejecutivo Federal, en el punto que se analiza, por considerar que para negar al inculcado la libertad provisional bajo caución, en el caso de los delitos no graves, no bastaba el simple razonamiento del Ministerio Público, porque sería totalmente arbitrario y discrecional, por no contener ningún elemento objetivo que motivara la petición, ni que guiara la decisión judicial, por lo que se proponía, que se aportaran al Juez elementos que justificaran la petición, como lo era el riesgo que el inculcado representara para el ofendido o la sociedad, por su conducta precedente y las características del delito cometido; modificación que fue aceptada, y con la cual se aprobó el decreto respectivo.

Contradicción de tesis 106/2001-PS. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Décimo Cuarto Circuito. 30 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Ángel Ponce Peña.

Tesis de jurisprudencia 54/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de treinta de agosto de dos mil dos, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro.

Novena época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Abril de 2002

Página: 289

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. PARA RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA, DEBE TOMARSE EN CUENTA QUE EL DELITO O DELITOS, INCLUYENDO SUS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS, POR LOS CUALES SE DICTÓ EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN RESPECTIVO, NO ESTÉN CONSIDERADOS COMO GRAVES POR LA LEY. Si se toma en consideración, por un lado, que conforme a la interpretación histórica, sistemática e integral del artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (actualmente 20, apartado A, fracción I), para resolver sobre la procedencia o improcedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución, el delito atribuido al inculcado, incluyendo sus modificativas o calificativas, no debe ser considerado como grave por la ley y, por otro, que el numeral 19 de la propia Carta Magna establece que en el auto de formal prisión deben expresarse tanto el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, como los datos que arroje la averiguación previa, y que todo proceso debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, así como que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, página 197, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.', QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS

NOVENTA Y TRES.", sostuvo que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculpado, por lo que deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos incluyendo, en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador, resulta inconcuso que para resolver sobre la procedencia o improcedencia del citado beneficio, no es dable atender sólo a lo dispuesto por el artículo 20, fracción I, constitucional señalado, sino que debe administrarse o relacionarse con las demás garantías constitucionales consagradas en la propia Carta Magna, específicamente con la tutelada por el diverso numeral 19; por ello es necesario tomar en cuenta que el delito o delitos, incluyendo sus modificativas o calificativas, por los cuales se dictó el auto de formal prisión, no estén considerados como graves por la ley, ya que de lo contrario se estarían tomando en cuenta hechos o datos ajenos a los que son materia del proceso.

Contradicción de tesis 91/2000-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito. 3 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez.

Tesis de jurisprudencia 2/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de seis de febrero de dos mil dos, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

4.3 CRÍTICA A LA DURACIÓN DEL PROCESO PENAL Y PROPUESTAS DE MEDIDAS ALTERNATIVAS.

Debido a la carga de trabajo, los tribunales trabajan mucho más lento de lo que espera la gente para la solución de los conflictos sociales. Si bien es cierto que de acuerdo a la fracción VIII del apartado "A" del artículo 20 constitucional, el procesado tiene derecho que se le juzgue antes de cuatro meses si ha cometido un delito cuya punibilidad es menor a dos años. Lo que ocurre en el caso concreto, es que a algunas personas que ilegalmente se han internado en el país se les impone una pena menor que el tiempo que permanecen en la cárcel cautelarmente. Eso significa que la prisión preventiva excede el tiempo de la pena, lo que suena bastante incongruente y absurdo y fuera de todo contexto legal.

Los procesos judiciales debieran ser ágiles para que sean justos; sin embargo en la práctica son tardados, muchos de ellos, formales e injustos. Hay quien se ha pronunciado por la oralidad de los procesos para lograr una mayor celeridad; pero tal y como se advierte en los procesos laborales, esta medida no ha sido suficiente para agilizar el trámite jurisdiccional.

El proceso penal no se escapa de los vicios que aquejan a todos el sistema de impartición de justicia en el país. Considero que antes de llevar a cabo una reforma legislativa a los códigos de procedimientos es necesario conocer la situación actual del sistema, establecer un diagnóstico y emprender una serie de acciones de carácter administrativo tendientes a mejorar el sistema. Cuando ello, no fuera suficiente, entonces se debe pensar en una reforma a la codificación adjetiva que produzca una nueva mecánica procedimental que permita al mismo tiempo una administración de justicia ágil y justa.

Bajo esta nueva realidad, a los extranjeros que ilegalmente se internen en el país se les respete su garantía de audiencia prevista en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, cuyos plazos sean mucho más reducidos que los que actualmente imperan, y una vez juzgados que sean se les imponga la pena correspondiente.

Por si fuera poco se debe analizar el sentido de la punibilidad en este caso; es decir, cual es la finalidad que se persigue con su imposición, para entonces ratificar o modificar su contenido. Por todo lo anterior se proponen las siguientes medidas jurídicas:

Medidas alternativas.

Infracción administrativa. Toda vez que el delito del que hemos tratado requiere querrela de parte de la Secretaría de Gobernación para su prosecución, yo propondría que en lugar de consignar ante el Ministerio Publico, sea esa autoridad, que es la encargada de regular todo lo relativo al equilibrio demográfico nacional, la encargada de llevar un registro de los indocumentados que ingresan al país de manera ilegal, y a efecto de reducir recursos, tiempo, trabajo y esfuerzo, tanto en las agencias del Ministerio Público, como en los Juzgados de Distrito de Procesos Penales Federales, sea la encargada de expulsarlos del país directamente, sin necesidad de sujetarlos a un proceso de meses privados de su libertad y condenarlos a una sentencia con una pena de unos cuantos días, o bien,

perder el dinero de la garantía del beneficio de la libertad provisional bajo caución, y al final obtener el mismo resultado, la expulsión del territorio nacional, por lo que a efecto de agilizar un trámite que resulta gravoso, tardado e ineficaz, debería expulsarlos directamente, previo registro para los casos de reincidencia, tomar en consideración alguna otra medida.

Despenalizar la conducta. Cuando se habla sobre la penalización o despenalización de alguna conducta es normal que se genera una polémica en el debate que al efecto se sostenga. Los defensores de cada una de las posturas esgrimirán sus mejores argumentos para defender la validez de su postura. Si bien es cierto que el internamiento ilegal a un país es una conducta cuestionable, no por ese solo hecho debe calificarse como delito.

El legislador y el gobierno juegan un papel fundamental en el trazo de las políticas públicas, muchas de las cuales no solo afectan a la población nacional, sino que repercuten en el ámbito internacional. Son los extranjeros quienes pueden caer en la hipótesis prevista en el artículo 123 de la Ley General de Población; sin embargo la misma conducta pudiera no ser considerada delito y tan solo una infracción administrativa, o en su caso, ni siquiera ser una conducta que atente contra el sistema jurídico nacional. Ello solo depende del gobierno y del legislador.

Bien se puede trazar una política a través de la cual solo se sancione administrativamente a los extranjeros que se internen de forma ilegal al país, o se les expulse de forma inmediata con fundamento en el párrafo primero del artículo 33 constitucional, sin previo juicio.

Para trazar una política gubernamental en este sentido cabe hacerse las siguientes preguntas ¿Cuál es el bien jurídico protegido por la norma? y ¿Cuál es el mecanismo que permite proteger de forma eficaz el bien jurídico que se pretende proteger?

Emilio Astolffi afirma que la ley penal es un cúmulo de valores que se han de referir a una acción humana producida en el medio social; por tanto el juicio de desvalor resulta del reproche y de su intolerancia jurídico social, como consecuencia de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos; porque debe recordarse que para lograr la tutela de dichos bienes jurídicos, la ley castiga las acciones que los lesionan o los ponen en peligro.⁹⁴

Pero no solo la legislación penal protege bienes jurídicos importantes para la sociedad, también lo hace el derecho administrativo, el derecho mercantil, el derecho familiar, civil, electoral, parlamentario etc.

Si bien es cierto, el bien jurídico que se protege en el delito previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población, podría abarcar diversos como la seguridad nacional, la salud pública, la población nacional, la protección del trabajo de los nacionales, consideró que es preponderante la soberanía nacional sobre los anteriores, ya que es el Estado el encargado de controlar y vigilar el estatus migratorio con el que entran los extranjeros al territorio nacional.

La despenalización de la conducta prevista en el multicitado artículo, no debiera ser una medida aislada de la política del gobierno mexicano, toda vez que debe ir acompañada de la celebración de tratados internacionales para abrir fronteras en el continente americano.

México, por su situación geográfica y su situación económica es principalmente un lugar de paso para las personas que sin documentos desean llegar a los Estados Unidos de Norteamérica en la búsqueda de empleo y mejores condiciones de vida que las que tienen en sus propios países. Esta situación se debe, fundamentalmente a la asimetría económica entre todos los países del continente y los Estados Unidos de Norteamérica. La presunción de ser la primera

⁹⁴ Cfr. **ASTOLFFI**, Milio y otros, " Toxicomanías", Edit. Universidad. Buenos Aires, 1989. Pp. 70 y 71.

economía del mundo y la superpotencia militar hacen atractivo para muchos internarse en aquel país.

Los Estados Unidos han basado su economía en el libre comercio, pero de manera paradójica, en el proteccionismo, sobre todo de aquella industria nacional que se ve afectada por la competencia que productos provenientes del extranjero. Al mismo tiempo, el cierre de sus fronteras ha sido una medida a través de la cual se procura que los beneficios obtenidos sean solo para los norteamericanos, sin importarles realmente lo que ocurra de su frontera sur hacia abajo.

Pero, no deben quejarse del fenómeno migratorio que se da en el continente americano, pues constituye una consecuencia lógica y natural de las condiciones económicas y sociales que privan en la región, promovidas por el vecino país del norte. Así como aceptan el impacto favorable que tiene en su economía la globalización, también deben aceptar las consecuencias negativas.

En mi opinión, la apertura de fronteras de los países que formamos Latinoamérica tendería a homogenizar las condiciones de vida en todos los países que lo conforman, entre las masas. Sin embargo se debe tomar en cuenta que este propósito debe incluir a los Estados Unidos de Norte América y Canadá, de lo contrario, el resto de los países dividirían su opinión y el esfuerzo que se realizaría sería infructuoso.

Como la apertura de las fronteras en América aún resulta una utopía, la única propuesta viable, por el momento es: “Mejorar el sistema de administración de justicia”, sobre todo en la celeridad de los procedimientos, pues toda justicia que tarda en llegar es injusta. No es posible que una persona sea juzgada en mayor tiempo, privada de su libertad, que el tiempo de la sanción.

Hernán Fabio López Blanco propone la eliminación de los formulismos y de las formas inútiles en los procesos jurisdiccionales. El autor propone, entre otras

cosas: la práctica de pruebas directamente por las partes ante la presencia de un funcionario judicial, tomando en cuenta que la intermediación procesal es hasta la fecha una técnica que no se cumple.⁹⁵

Por supuesto, que la única medida que no se debe tomar en cuenta es incrementar el presupuesto al rubro de la administración de justicia, por la simple razón, de la situación económica por la que atraviesan los países latinoamericanos no es la más favorable.

Se debe realizar un proyecto alternativo de administración de justicia, que conduzca, precisamente al ideal de la justicia, en donde la seguridad jurídica y la celeridad de los procedimientos sean las premisas fundamentales a seguir.

⁹⁵ Cfr. **LÓPEZ BLANCO**, Hernán Fabio, “Justicia y Sociedad, UNAM, México, 1998, pp, 705 a 725.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La libertad de tránsito no es un derecho ilimitado, ya que cada Estado tiene la potestad de regular los requisitos que se deben reunir para su debido ejercicio. El Estado mexicano no está en contra del flujo migratorio, siempre y cuando sea de manera ordenada, y que sea benéfica para el país receptor y no sea un obstáculo para el desarrollo nacional.

SEGUNDA. El extranjero no goza de la garantía de audiencia cuando el Ejecutivo Federal lo expulsa del territorio nacional por considerar inconveniente su permanencia, de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del artículo 33 constitucional, aun y cuando sea legal su estancia en el país. La legislación mexicana prevé distintas calidades y modalidades migratorias dependiendo de la actividad que pretenda desarrollar el extranjero en nuestro país, mismas que están concentradas en un solo ordenamiento legal, la Ley General de Población.

TERCERA. La ubicación geográfica de nuestro país lo hace un lugar de tránsito constante de personas, por lo que el tránsito ilegal de personas es una actividad constante que arroja ganancias de millones de dólares al año para el crimen organizado.

CUARTA. La percepción ciudadana es que la delincuencia ha crecido en sobremanera, mientras que pareciera que los métodos para prevenirla no evolucionan de igual forma, lo que ocasiona que los sistemas de procuración y administración de justicia penal se han rezagado frente al fenómeno de la delincuencia, en gran medida debido a la carga de trabajo que se acumula por asuntos que pudieran resolver autoridades administrativas, sin necesidad de hacer funcionar el aparato jurisdiccional, como es el presente caso de estudio.

QUINTA. El fenómeno de la migración ilegal de personas no es un problema nuevo, desde la esclavitud hasta la trata de mujeres y niños. La novedad es la magnitud del problema, que se ha incrementado de forma inusitada.

SEXTA. La lucha contra el tráfico ilegal de personas no la pueden emprender los Estados de manera aislada, ya que por ser un problema internacional, es decir, que rebasa fronteras, deben intervenir los miembros de la comunidad internacional y existir cooperación y tratados internacionales entre los países.

SÉPTIMA. El fenómeno migratorio de sur a norte del continente americano se debe, principalmente, a la desigualdad económica entre los países de la región. De no combatirse este factor, el problema seguirá registrando los mismos índices, incluso irán en aumento.

OCTAVA. La integración de la averiguación previa por el Ministerio Público es indispensable para la debida administración de justicia penal, sin arbitrariedades y sin llevar inocentes a la cárcel, y por lo que respecta al presente tema, debe cumplir con el requisito de querrela, misma en la que debe asegurarse de la identidad del querellante, de su legitimación, así como de la autenticidad de los documentos en el que se formule la querrela.

NOVENA. En el caso del internamiento ilegal de extranjeros en nuestro país, la conducta del agente es dolosa, pues sabe que carece de la autorización del gobierno para internarse y a pesar de ello despliega una serie de conductas que contravienen el orden jurídico nacional.

DÉCIMA. La garantía que otorga el beneficio de la libertad provisional bajo caución no está al alcance de la mayoría de los extranjeros que son detenidos por

haberse internado ilegalmente al país, por lo general se trata de gente que por sus características no se puede considerar como peligrosa, sino que es gente que debido a la pobreza con la que viven, buscan mejores oportunidades económicas fuera de su país de origen.

DÉCIMO PRIMERA. Si bien es cierto, no todos los ilegales que son procesados por el delito del presente estudio, cuentan con los recursos para poder cubrir el monto de las garantías para gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución, consideró injusto que los pocos que pueden cubrirla no son puestos en libertad, ya que solo es para no permanecer en los reclusorios, pues son entregados a las autoridades migratorias para permanecer en estaciones migratorias, hasta que sean expulsados del país.

DÉCIMO SEGUNDA. De igual forma, resulta ilógico e incongruente fijar un monto para cubrir el beneficio de la libertad provisional bajo caución, a sabiendas que no podrá cumplir sus obligaciones procesales, ya que al estar detenido en las estaciones migratorias no asistirá ni a la firma semanal ni a las audiencias señaladas, motivo por el cual dicha cantidad se tendrá por perdida para el procesado para hacerse efectiva a favor del erario nacional.

DÉCIMO TERCERA. Asimismo, consideró injusto para la mayoría de los ilegales procesados que no cuentan con los recursos para obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución, que permanezcan privados de su libertad para ser juzgados en un tiempo mayor que el tiempo que durará la sanción impuesta.

DÉCIMO CUARTA. Si bien en teoría la impartición de justicia debe ser pronta y expedita, en la práctica los procesos penales son tardados, por lo que en el presente caso en estudio, resulta incongruente presentar querrela por parte de

la autoridad migratoria, integrar la averiguación previa, desarrollar todo el proceso penal y privar de la libertad a una persona, sentenciarlo a una pena que se tiene por compurgada y al final ser la misma autoridad migratoria la encargada de ordenar la deportación del indocumentado.

DÉCIMO QUINTA. La derogación del tipo penal previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población es en beneficio de los derechos de los indocumentados a efecto de la procuración de una pronta y expedita impartición de justicia, para evitar privarlos de su libertad, o bien, de que pierdan el dinero de la garantía del beneficio de la libertad provisional bajo caución, y a efecto de reducir las cargas de trabajo en las agencias del Ministerio Público como en los Juzgados de Distrito de Procesos Penales Federales.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel y **LÓPEZ BETANCOURT**, Eduardo, “Delitos Especiales”, 6ª edición, Porrúa, México; 2001.

AGUILAR MONTEVERDE, Alonso y otros, “México y América Latina: Crisis, Globalización y Alternativas: Problemas Económicos”, Asociación por la Unidad de Nuestra América, Editorial Nuestro tiempo. México; 1998.

AGUINAGA, Juan C. “Culpabilidad”, Ediciones Jurídicas Cuyo. Argentina, 1999.

ANTOLISEI, Francesco, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, 8ª edición, Temis, Colombia; 1988.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, “Segundo Curso de Derecho Internacional Público”, 2ª edición, Porrúa, México; 1998.

ARILLA BAS, Fernando, “El Procedimiento Penal en México”, Divulgación Literaria Mexicana, México; 1961.

ASTOLFFI, Milio y otros, " Toxicomanías", Editorial Universidad. Buenos Aires, 1989.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José. “Introducción al Federalismo (La formación de los poderes 1824)”, Universidad de Guadalajara, México; 1994.

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, “Derecho Procesal Penal”, McGraw-Hill. México; 2002.

BARRITA LÓPEZ, Fernando, “Averiguación Previa”, 2ª edición. Porrúa. México; 1994.

BELING, Ernst Von, “Esquema de Derecho Penal y Doctrina del Delito Tipo”, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “Las Garantías Individuales, 23ª edición, Porrúa, México; 1991.

CALVO GARCÍA, Manuel. “Los Fundamentos del Método Jurídico.” Editorial Tecnos. España; 1994.

CERDA LUGO, Jesús, “Delincuencia Organizada”, Universidad Tecnológica de Sinaloa. México; 1999.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, 19ª edición, Porrúa, México; 2003.

CUELLO CALÓN, Eugenio, “Derecho Penal”, 9ª edición, Porrúa. México; 1961.

DE BUEN LOZANO, Néstor, “Derecho del Trabajo”, Tomo I. Concepto generales. 10ª edición. Porrúa. México; 1997.

DIAZ PALOS, Fernando, “Teoría General de la Imputabilidad”, Editorial Bosch, España; 1965.

FERRI, Enrico, “Sociología Criminal”, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México; 2004.

FIORAVANTI, Mauricio, “Los Derechos Fundamentales”, 3ª edición, editorial Trotta. España; 2000.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano. Introducción y Análisis Comparativo”, UNAM. México; 1981.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Justicia y Sociedad”, UNAM. México; 1994.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y otros, “Seminario de Actualización sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada”, Instituto de la Judicatura Federal. México; 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Porrúa y UNAM. México; 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Delincuencia Organizada; Antecedentes y Regulación Penal en México”, 2ª edición. Porrúa, México, 2000.

GIL GIL, Alicia, “Derecho Penal Internacional”, Editorial Tecnos. España, 1999.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, “La Lucha Contra el Delito; Reflexiones y Propuestas”, Porrúa, México; 2000.

GONZÁLEZ QUINTANILLA José Arturo, “Derecho Penal Mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuraciones de los tipos penales. 6ª edición, Porrúa, México, 2001.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo III, 4ª edición, Losada, Argentina; 1964.

LÓPEZ BETANCORT, Eduardo, “Imputabilidad y Culpabilidad”, Porrúa. México; 1999.

LÓPEZ BETANCORT, Eduardo, “Teoría del Delito”, 9ª edición, Porrúa. México; 2001.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, “Justicia y Sociedad, UNAM. México; 1998.

MARGADANT, Guillermo Floris, “Derecho Romano”, 13ª edición, editorial Esfinge. México; 1985.

MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, “Seguridad Pública Nacional. Un Sistema Alternativo de Política Criminológica en México”, Porrúa. México; 1999.

NAVA NEGRETE, Alfonso, “Diccionario de Derecho Administrativo”, Porrúa-UNAM. México; 2003.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, “Curso de Derecho Penal, Parte General”, 2ª edición, Porrúa. México; 2001.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, “La Averiguación Previa”, 11ª edición. Porrúa. México; 2000.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General”, 17ª edición, Porrúa. México; 2004.

PETIT, Eugene, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Traducido por José Fernández González, 15ª edición, Porrúa, México; 1999.

PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl, “Teoría del Delito”, UNAM. México, 1998.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, “Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal”, Tomo I, 9ª edición, Porrúa. México; 2003.

RABASA, O. Emilio, “La Constitución y la Dictadura; estudio sobre la organización política de México”, 7ª edición, Porrúa, México; 1990.

REYES ECHANDIA, Alfonso, “Tipicidad”, 5ª edición, editorial Temis. Colombia; Colombia; 1989.

REYES, Alfonso, “La culpabilidad”, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1982.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, “Segundo Curso de Derecho Administrativo”, 2ª edición, Porrúa. México; 2002.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, “Derecho Internacional Público”, 15ª edición, Porrúa, México; 1994.

SILVA CARREÑO, Jorge Armando, “Derecho Migratorio Mexicano”, Porrúa, México; 2004.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, "Derecho Procesal Penal", 2ª edición, Oxford University Press. México; 1995.

SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, Editorial La Ley, Argentina; 1945.

TENA RAMÍREZ, Felipe, "Leyes Fundamentales de México 1808-1995". 19ª edición, Porrúa, México; 1995.

VENTURA SILVA, Sabino, "Derecho Romano, Curso de Derecho Privado", 19ª edición, Porrúa, México; 2003.

VICTAL ADAME, Oscar, "Derecho Migratorio Mexicano", 3ª edición, Miguel Ángel Porrúa grupo editorial. México; 1999.

WELZEL, Hans, "El Nuevo Sistema del Derecho Penal", traducido por José Cerezo Mir, B de F, Argentina; 2000.

ZAMORA PIERCE, Jesús, "Garantías y Proceso Penal", 9ª edición, Porrúa, México; 1998.

HEMEROGRAFIA

JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, Justicia Constitucional e Inmigración, Revista Persona y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, No. 49, España. 2003.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José, Justicia Constitucional e Inmigración, Revista persona y derecho de la facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, No. 49, España; 2003.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Revista Criminalia del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Migración y Crimen Organizado en Centro y Norteamérica, Año LXIII, No. 2; México; D.F., Mayo – Agosto de 1997.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Penal Federal
- Código Federal de Procedimientos Penales
- Ley General de Población

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Enciclopedia jurídica OMEBA. Tomo VI. DEFE – DERE. Argentina, 1979.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo I-O, Porrúa, México, 1985

OTRAS FUENTES

IUS 2007, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Poder Judicial de la Federación.