



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**POSGRADO EN DERECHO**  
**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

**EL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS EN MÉXICO Y LOS  
DERECHOS HUMANOS DEL MIGRANTE**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN  
DERECHO**

**PRESENTA:**

**LIC. JAIR ALAMILLA MARIN**

**TUTORA PRINCIPAL:**

**DRA. CLAUDIA EUGENIA SÁNCHEZ HERNÁNDEZ**  
**POSGRADO EN DERECHO**

**SANTA CRUZ ACATLÁN, EDO. DE MÉXICO, ABRIL, 2019.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I. LA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS.	
1.1. La construcción del derecho a la luz de la teoría de sistemas sociales.....	7
1.1.1. Teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann. . .	10
1.1.2. Neoliberalismo, poder y derecho.....	15
1.1.3. El papel del derecho como discurso.....	19
1.1.4. Ideología en la construcción del derecho.....	21
1.1.5. El mundo de inclusión y exclusión que genera la ideología del poder.....	24
1.2. La ciudadanía como limitante de los derechos del migrante. . .	27
1.2.1. Derechos fundamentales y derechos humanos. . .	30
1.2.2. El derecho internacional de los derechos humanos vs seguridad nacional.....	34
1.2.3. El fenómeno de la migración.....	36
1.2.3.1. Migración y el delito tráfico de personas. . .	39
1.2.3.2. Migrante como sujeto pasivo del delito de tráfico de personas.....	41
CAPITULO II. DERECHO Y MIGRACIÓN.	
2.1 La relación del derecho penal y la migración.....	44

2.2 Derecho positivo vigente en materia de tráfico de personas y Derechos Humanos. . . . .	46
2.2.1 Los instrumentos internacionales. . . . .	47
2.2.1.1 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. . . . .	48
2.2.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos. . . . .	50
2.2.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos. . . . .	54
2.2.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. . . . .	58
2.2.1.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. . . . .	60
2.2.1.6 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. . . . .	63
2.2.1.7 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. . . . .	65
2.2.2 El delito de Tráfico de personas en la legislación Mexicana. . . . .	70
2.2.2.1 Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. . . . .	72
2.2.2.2 Ley de Migración. . . . .	76
2.2.2.3 Código Nacional de Procedimientos Penales. . . . .	80
2.2.2.4 Ley General de Población. . . . .	81
2.2.2.5 Ley de Nacionalidad. . . . .	82

2.2.2.6 Ley General de Victimas. . . . .	83
2.3 Los Derechos Humanos frente al delito de Tráfico de Personas. . . . .	84
CAPITULO III. EL FENÓMENO MIGRATORIO EN LA ACTUALIDAD.	
3.1 Movilidad humana. . . . .	86
3.1.1 El aspecto social de la migración en México. . . . .	91
3.1.2 El tránsito de migrantes en México desde la perspectiva penal. . . . .	108
3.1.3 El enfoque administrativo de la migración en México. . . . .	118
3.2 Violencia y discriminación contra los migrantes. . . . .	134
CAPITULO IV. LOS DERECHOS DEL MIGRANTE COMO VÍCTIMA DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS.	
4.1 El delito de tráfico de personas en México. . . . .	142
4.2 Los Derechos Humanos del migrante. . . . .	157
CONCLUSIONES. . . . .	172
BIBLIOGRAFÍA. . . . .	173

## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo se concluyó en el marco del proyecto “PAPIIT-IN-306919: La seguridad depredadora. La modelación matemática de la violencia”, cuyo responsable es el Dr. Augusto Sánchez Sandoval, patrocinado por la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA) de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología CONACYT por su valioso apoyo económico para la realización de esta tesis.

De la misma manera quiero manifestar mi agradecimiento para con mi querida universidad, la madre amorosa que educa y prepara a sus hijos para la vida, siempre he creído que es un orgullo pertenecer a la Universidad Nacional Autónoma de México, considerada como la máxima casa de estudios del país.

Quiero agradecer con especial mención a mi tutora principal, la Dra. Claudia Eugenia Sánchez Hernández por su tiempo y disposición en ayudarme, estoy convencido de que sin sus valiosos comentarios y aportes esta tesis no sería la misma, fue muy grato recibir su orientación. Al igual agradezco a mi tutora durante mi estancia en España, Dra. Margarita Martínez Escamilla por alentarme a no tener miedo a defender lo que considero correcto.

También agradezco a todos aquellos profesores a los que en su momento me acerque para pedir orientación, gracias por resolverme dudas, por las observaciones y recomendaciones en relación a este trabajo.

Finalmente agradezco a mis padres quienes han estado desde siempre a mi lado, compartiendo en todo momento mis alegrías y muchas veces siendo el motivo de ellas, en mis padres encuentro las fuerzas necesarias y la motivación para continuar preparándome.

*Dedico esta tesis:*

*A mis padres por todo su amor infinito y  
apoyo incondicional.*

*A mis maestros por la noble e importante  
labor que realizan en la sociedad,  
lastimosamente muchas veces  
subestimada, gracias por compartir su  
conocimiento.*

*A quien ha tenido la necesidad de migrar  
en busca de mejores condiciones de vida;  
escribí esto con la esperanza de que las  
futuras generaciones sean más justas que  
la mía.*

*Pero sobre todo, dedico esta tesis a todo  
aquel que se tome el tiempo y me haga el  
honor de leerla.*

*Siempre busque la siguiente afirmación:*

*¡¡Lo logré!*

## **PRESENTACIÓN**

El presente texto es la culminación de un trabajo de investigación de dos años, este se realizó mientras hice estudios de posgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México, en específico en el programa de Maestría en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

Esta investigación me permitió participar como ponente en un congreso internacional en Mendoza, Argentina, en la Universidad Nacional de Cuyo, así como realizar una estancia de investigación en la Universidad Complutense de Madrid, España, Siempre escribí con el mayor compromiso posible, me asumí además un representante de mi amada universidad.

En todo momento tuve la firme convicción de que en este tipo de investigaciones contribuyen a la generación de conocimiento y difusión del mismo, en el ámbito personal no podía dejar a la suerte un aspecto tan importante como lo es mi formación académica.

En el mundo de la investigación se tiene la necesidad de teorizar, hay que hacerlo no solo con la responsabilidad que esto conlleva, sino con mucho entusiasmo, mi estrategia fue hablar de un tema que me genera pasión, escribí e hice referencia sobre un aspecto que considero una injusticia.

Estudiar este posgrado ha cambiado no solo mi pensamiento y mi perspectiva de la ciencia jurídica, la maestría en derecho no es un grado académico sino un estilo de vida, he de confesar que al principio no lograba comprender muchas cosas, buscaba respuestas y parecía no encontrarlas, hoy me siento orgulloso de este texto, di lo que pude e incluso hice esfuerzos forzados por dar un poco más.

Siempre tuve la voluntad de aprender de mis maestros, siento una gran admiración y respeto por ellos, estaré eternamente agradecido por su gran vocación, no estoy seguro de que estén completamente de acuerdo con lo que escribí, pero si estoy completamente seguro de que yo soy una extensión de ellos.

Lo aprendido en el aula de clases, los textos que mis profesores han puesto en mis manos y su catedra, se volvió parte de un patrimonio cultural invaluable, la postura en relación al tema migratorio, el delito de tráfico de personas y los derechos humanos del migrante es propia, pero ellos fueron quienes me dieron las herramientas necesarias para la elaboración de este trabajo.

Esta tesis además de darme la oportunidad de aspirar al grado de maestro en derecho constituye el final de mis estudios de posgrado, solo uno es el rostro de mi investigación: *Estas hojas soy yo, estas hojas son el reflejo de mí ser.*

Madrid, Noviembre, 2018.

**Jair Alamilla Marín**

## INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas a los que se enfrenta México es el alto flujo migratorio que observa en su territorio, esta nación por su ubicación geográfica históricamente se ha caracterizado por ser un país de origen, tránsito y retorno de migrantes, el flujo migratorio que se observa en la república mexicana no es algo novedoso, son muchos los nacionales de países centroamericanos que pretenden llegar a los Estados Unidos con la esperanza de alcanzar el llamado *sueño americano*, y que para ello, transitan y se internan en territorio mexicano la mayoría de las veces de manera irregular.

Esto último no es otra cosa que la aspiración de los migrantes a mejorar sus condiciones de vida, los trabajadores de países pobres o países en vías de desarrollo, desean trabajar en un país rico (como lo es Estados Unidos), los motivos son obvios, se tiene la idea de que al cruzar la frontera y encontrar un trabajo en ese país, se puede aspirar a una vida más digna.

Las políticas migratorias entre países ponen las condiciones de tránsito a las personas, las fronteras son las líneas físicas o imaginarias que delimitan el territorio geográfico de cada Estado, estas políticas son determinadas por cada gobierno y determinan quien puede ingresar en su territorio y bajo qué términos.

Desde que se firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos, los migrantes cuentan con derechos reconocidos en diversos instrumentos internacionales, tal y como lo es el derecho a la movilidad humana.

El derecho mencionado en el párrafo anterior es un derecho limitado siempre a la voluntad de un Estado. Las limitaciones a este derecho siempre encuentran su fundamento en el tema de seguridad nacional, el orden público o el interés común de una sociedad.

Esta restricción pone en evidente contradicción los derechos del hombre con los derechos del ciudadano. Por absurdo que parezca, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho a emigrar, mas no así el derecho a

inmigrar, ese es un derecho que tienen los Estados, el de decidir quién si y quien no entra en su territorio.

Cuando estas personas (los migrantes) no encuentran respuestas favorables a sus intereses en los trámites migratorios, muchas veces optan por la clandestinidad, habría que reflexionar cuáles son esas poderosas causas que motivan su afán no solo de salir de su país, sino de ingresar a otro, preferentemente un país rico.

En la clandestinidad se ha generado un mercado negro de servicios migratorios, existen personas que ayudan a los migrantes a cambio de una remuneración económica, también llamados *polleros* o *coyotes*. El Estado ha tipificado el delito de tráfico de personas, el bien jurídico tutelado de este delito declara una protección al migrante.

Migrar no es un delito, la acción punible es lucrar con la supuesta ayuda ofrecida al migrante ya que estas personas conforman uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, a lo largo de este trabajo se pretenderá evidenciar los anterior en diversos aspectos.

El derecho a migrar es un derecho que a pesar de estar plenamente reconocido se encuentra carente de garantías.

Si se logra evidenciar que la tipificación de este delito no logra su objetivo de protección, habría que cuestionarse él porque, esto en razón de que este delito declara que busca garantizar la seguridad del migrante irregular y la protección de sus derechos. De la misma manera habría que ver porque el derecho penal es una de las vías en la que el Estado busca alcanzar este objetivo y que otras medidas pudieran emplearse.

La presente investigación respecto de los Derechos Humanos del migrante y el Delito de Tráfico de Personas en México, utilizará para explicar la construcción del derecho y el fenómeno migratorio la teoría de sistemas sociales.

Uno de los principales autores que han trabajado en relación a esta teoría social es Niklas Luhmann; este trabajo es una tesis de sociología jurídica, el primer capítulo constituye el marco teórico del mismo, en este apartado se manejan diversos autores, entre ellos varias ideas de Oscar Correas y Augusto Sánchez Sandoval, así como diversos conceptos de Foucault y Ferrajoli, entre otros.

A lo largo del primer capítulo se desarrollan conceptos como neoliberalismo, sistemas sociales, poder, derecho, discurso, ideología, ciudadanía, derechos humanos, derechos fundamentales, seguridad nacional, migración, migrante, traficante, tráfico de personas, entre otros.

En un inicio parecerán ser ideas dispersas pero se espera que con el avance de la lectura se puedan ir atando estas ideas y se logre comprender plenamente el tema migratorio.

Este trabajo utilizará los métodos deductivo, inductivo, analítico y cualitativo; el método deductivo será utilizado en razón de que analizando las conclusiones de teorías comprobadas, se pretende obtener explicaciones respecto de los hechos particulares; el método inductivo se aplicara a la inversa, a través del razonamiento de los hechos reales se pretende llegar a conclusiones universales sustentados en la teoría; el método analítico se empleara para analizar todos los componentes del objeto de estudio de manera individual; y por último el método cualitativo será utilizado para describir el fenómeno social objeto de estudio a partir de rasgos determinantes.

Para el desarrollo de este trabajo de investigación y la explicación de los conceptos será utilizada la metodología del problema, esto para analizar los Derechos Humanos y su vínculo con el delito de Tráfico de Personas a partir de la teoría de sistemas sociales, en virtud de que se pretende evidenciar la relación que existe entre el sistema económico, político y demás sistemas sociales con el sistema jurídico y el fenómeno migratorio.

El segundo capítulo constituye el marco jurídico de la investigación y tiene como objetivo explicar el delito de tráfico de personas y su relación con los Derechos Humanos del migrante en la legislación penal en México, así como en diversos instrumentos internacionales, es decir desde la norma vigente.

Este segundo capítulo pretende mostrar las limitaciones que tiene el derecho a la movilidad humana, al menos desde la perspectiva del positivismo jurídico, las restricciones a este derecho parecen constituir una antinomia, pero se pretende explicar el porqué de estos límites a un derecho humano.

El tercer capítulo tiene como objetivo describir el fenómeno migratorio en la actualidad en México, a partir de estadísticas, notas periodísticas y recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, pretende evidenciar la vulnerabilidad y discriminación que sufren estas personas, esto se hará desde tres enfoques, desde la perspectiva social, penal y administrativa.

El último capítulo pretende ser la conjunción de todos los anteriores, se espera que al llegar ahí el panorama respecto del fenómeno migratorio sea más claro, se pretende ser propositivo, aunque con los datos proporcionados cada quien podrá realizar su propio análisis respecto de las condiciones del delito de tráfico de personas en México y de los Derechos Humanos del migrante.

El fenómeno migratorio es un fenómeno mundial, a pesar de que se mencionan ejemplos de diversos lugares el objeto de estudio de la investigación se limita al flujo migratorio en México, esto a partir de la reforma en materia penal del año 2008 y la reforma en materia de Derechos Humanos del 2011.

La hipótesis del presente trabajo de investigación es la siguiente: El delito de tráfico de personas más que cumplir con la finalidad de protección del migrante, atiende a la funcionalidad de protección a las estructuras de poder que operan en el sistema social, esto a partir de un mecanismo de inclusión/exclusión, que genera la categoría de ciudadano.

## CAPITULO I

### LA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS

#### 1.1. La construcción del derecho a la luz de la teoría de sistemas sociales

Niklas Luhmann es el autor de la Teoría de Sistemas Sociales y partir de su teoría describe y explica la estructura de la sociedad, así como su funcionamiento a través de un sistema de comunicaciones. En la teoría de sistemas sociales propuesta por este sociólogo se hace referencia a un modelo social abierto, en virtud de que todos los sistemas sociales se encuentran en constante interacción y entran en un constante intercambio de información.<sup>1</sup>

Luhmann establece que un sistema complejo es aquel que está relacionado con otros sistemas al tener una importante comunicación entre sí, es decir, el sistema jurídico se relaciona a través de la comunicación tanto con el sistema social, el sistema económico, el sistema político y demás sistemas sociales, por lo tanto se puede afirmar que el sistema jurídico mexicano a la luz de la teoría de sistemas sociales es un sistema complejo.

Luhmann también menciona en su teoría que *los sistemas sociales están clausurados en su operación*.<sup>2</sup> Es decir, cada sistema cuenta con una cerradura operacional en razón de que al sistema político solamente le interesa la política y utiliza al poder como su medio de comunicación, al sistema económico únicamente le importa el flujo de capital y utiliza el dinero como su medio de comunicación, mientras que al sistema jurídico exclusivamente le interesa la generación de expectativas utilizando las leyes como su medio de comunicación.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Luhmann, Niklas, trad. Silvia Pappé y Brunhilde, Coord. Torres Nafarrete Javier, *Sistemas sociales lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1998, Pág. 18

<sup>2</sup> *Ibidem*, Pág. 19

<sup>3</sup> Arriaga Álvarez, Emilio Gerardo, "La Teoría de Niklas Luhmann", *convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 10, núm. 32, 2003, Pág. 308.

Derivado de lo anterior y en razón del estudio de la Teoría de Sistemas sociales, se puede afirmar que la construcción del Derecho puede ser observada desde dos puntos de vista, una jurídica y otra sociológica, mientras que el sociólogo observa al Derecho desde afuera, el jurista lo hace desde adentro, es decir, el derecho visto desde una teoría sociológica sería una descripción externa del sistema jurídico, mientras que una teoría jurídica del derecho vendría a ser una autodescripción del mismo sistema.<sup>4</sup>

Por esa razón, cuando el sistema jurídico es estudiado como un sistema aislado no logra describir ciertos fenómenos o su explicación es poco clara, por tal motivo resulta necesario intentarlo con teorías de mayor poder de ordenamiento y de una más alta complejidad estructural como vendría a serlo la Teoría sociológica de los Sistemas Sociales.

A diferencia de las teorías jurisprudenciales, de la filosofía jurídica del derecho o de cualquier otra teoría que esté dirigida al uso del sistema jurídico o que, de alguna forma, pretenda utilizar y elaborar sentido allí evidenciándolo, el destinatario de la sociología jurídica del derecho no es el sistema jurídico, sino el sistema de la ciencia.<sup>5</sup>

La función social del derecho desde el punto de vista de la sociología jurídica recurriría a conceptos como los de *control social* o *integración* con lo cual resulta evidente el riesgo de desconocer las singularidades del derecho, la relevancia social del derecho es innegable; mientras que por otra parte su función integradora, puede ser puesta en duda.<sup>6</sup>

Dicho en otras palabras, el derecho es la forma normativa de las relaciones sociales, aquí radica su importancia en la sociedad, estas normas son enunciados compuestos de la descripción de una conducta, estos enunciados siempre están

---

<sup>4</sup> Luhmann, Niklas, trad. Torres Nafarrete Javier, *El derecho de la sociedad*, segunda edición, México, Ed. Herder, 2005, Pág.69-70.

<sup>5</sup> *Ibidem*, Pág.85

<sup>6</sup> *Ibidem*, Pág.182-183

cargados de ideología.<sup>7</sup> Es decir, las normas jurídicas son reglas de conducta que se nos imponen a los destinatarios de la norma, estas normas son expresadas a través de enunciados, y plasmadas en un documento, pero en todo momento su construcción lleva implícita una ideología.

Es precisamente la sociología jurídica quien debe buscar en la ideología dominante los antecedentes del discurso jurídico.<sup>8</sup> *La sociología jurídica tiene como objeto las causas y efectos del derecho considerado como un discurso, entendiéndose por ello, ideología formalizada en un lenguaje que le permita a esta última aparecer y convertirse en sentido producido y recibido.*<sup>9</sup>

La sociología jurídica además deberá dar una explicación del por qué el derecho dice lo que dice y a que ideología atiende este discurso realizando un estudio de la estructura social y no solo del sistema jurídico.

El sentido deóntico del discurso del derecho son las normas que encontramos en los textos producidos por los funcionarios autorizados para crear norma jurídica. En cambio el sentido ideológico del derecho es todo otro sentido o ideología que no sea la pura norma, es decir, en el discurso del derecho existen, además de las normas muchos otros mensajes. Se comprende esto fácilmente si pensamos que los textos que soportan ese discurso no presentan las normas en la forma canónica o natural.<sup>10</sup>

La teoría de Sistemas Sociales concibe el Derecho como un subsistema dentro del complejo sistema social, que únicamente se diferencia funcionalmente de los otros subsistemas sociales, *por su específico entramado de comunicación consistente en su propio sistema binario*. Es decir la distinción entre lo jurídico y lo

---

<sup>7</sup> Correas, Oscar, *Sociología del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1998, Pág. 36-38.

<sup>8</sup> *Ibidem*, Pág. 153.

<sup>9</sup> Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Fontamara, México, primera reimpresión, 2009, Pág. 31.

<sup>10</sup> Correas, Oscar, *Sociología del Derecho y crítica jurídica*, *óp. cit.*, Pág. 36-38.

antijurídico capaz de establecer y fijar determinadas *expectativas normativas de conducta*.<sup>11</sup>

Por su parte Pierre Bourdieu, en su libro *la fuerza del derecho* menciona que existen dos perspectivas desde las cuales puede ser estudiada la ciencia jurídica, en primer lugar una perspectiva interna y por otra parte una perspectiva externa, mismas que hacen alusión a lo que anteriormente se mencionó.

Una *perspectiva puramente interna del derecho*, objetivista, que ve el derecho como un conjunto de normas incorporadas en una estructura formal, y una *perspectiva estructuralista externa* que ve el derecho como un subproducto, como algo total o casi totalmente determinado por condiciones externas a él, condiciones de poder económico, elites o cualquier otro factor, que, niegan su autonomía esencial.<sup>12</sup>

Esta perspectiva estructuralista externa a la que hace referencia Bourdieu, tiene una estrecha relación con el concepto de Derecho que Luhmann maneja dentro de su Teoría, la cual se empleara para analizar la construcción del Derecho, toda vez que en este trabajo se pretende demostrar que el derecho forma parte de una superestructura compleja, que no puede deslindarse en el estudio de la construcción del mismo derecho, sino todo lo contrario, analizar esta estructura resulta necesario, en razón de que influye directamente en la elaboración del derecho, cargando en todo momento de la ideología del poder la normas jurídicas.

### **1.1.1. Teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann**

La teoría Luhmanniana define al *sistema* como un conjunto ordenado de elementos que se interrelacionan entre sí para un determinado objetivo, Luhmann afirma que los sistemas existen, no parte de una duda epistemológica ni se desvía

---

<sup>11</sup> Ballesteros Montero, Alberto, "El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs", *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid, Nueva Época. 2007, Vol. 8, Pág. 369.

<sup>12</sup> Bourdieu, Pierre y Teuhncr, Gunther, Trad. Carlos Morales de Setián Ravina, *La fuerza del derecho*; Ediciones Uniandes, 2000. Pag.60

con el análisis de los sistemas o su interpretación, el simplemente asume su existencia y con esto también la responsabilidad de probar sus afirmaciones frente a la realidad.<sup>13</sup>

Su pensamiento establece una importante diferencia entre sistema y entorno, hace referencia al concepto formal de sistema para lograr definirlo, en el que cabe mencionar no puede ser definido sin hacer alusión a su entorno:

Un sistema es una forma con propiedades que le distinguen como unidad de una diferencia; una forma que consiste en la distinción de algo (el sistema) respecto del resto (el entorno) como la distinción de algo respecto a su contexto.<sup>14</sup>

Con esto, debemos entender que el entorno de un sistema son los factores externos del mismo sistema, al referirlos como factores externos no significa que se le reste importancia porque también un elemento importante del sistema es su propio entorno, o en otras palabras, el entorno de un sistema hace referencia a las características exteriores del sistema a que se refiere.

Es importante recalcar que un elemento del mismo sistema es su mismo entorno en el que se desenvuelve, *un sistema es siempre menos complejo que su entorno, pero debe ser capaz de referirse a este reduciendo su complejidad.*<sup>15</sup>

La cerradura operacional a la que se hizo referencia anteriormente, no es un factor que limite al sistema respecto de su propio entorno, porque como ya se mencionó en reiteradas ocasiones, el mismo entorno del sistema forma parte del propio sistema comunicándose este último con los demás sistemas que forman parte de su entorno e intercambiando información entre sí.

---

<sup>13</sup> Arriaga Álvarez, Emilio Gerardo, *óp. Cit*, Pág. 281

<sup>14</sup> *Ídem*.

<sup>15</sup> Luhmann, Niklas, trad. Torres Nafarrete Javier, *El derecho de la sociedad, óp. Cit*, Pág.28

Clausura operativa no quiere decir que el sistema sea independiente del entorno. Quiere decir más bien que el sistema es recursivo, que se orienta por los valores que el mismo ha producido, que está provisto de memoria propia, que oscila en el cuadro de sus propias decisiones y que, en consecuencia, produce y desarrolla su propio pasado y su propio futuro.<sup>16</sup>

Otro concepto importante en la teoría de Sistema Sociales es la *autopoiesis*, un concepto formulado por el chileno Humberto Maturana, biólogo que intento proporcionar una definición a la organización de los organismos vivos, mismo que fue retomado por Luhmann en su teoría.

Un sistema vivo, según Maturana, se caracteriza por la capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de operaciones internas al sistema, del cual ella misma es un elemento y no de acción externa. La teoría de los sistemas sociales adopta el concepto de autopoiesis y amplía su importancia.<sup>17</sup>

Bajo este contexto se dice que cada sistema es *autopoietico* por que el sistema mismo construye los elementos de los que consiste, la *autopoiesis* es la capacidad de auto-reproducirse así mismo, o en otras palabras, un sistema es *autopoietico* en razón de que reproduce sus propios subsistemas.

En este sentido, en la teoría de sistemas sociales de Luhmann se puede hablar de sistemas *autopoieticos* toda vez que el mismo sistema permite comprender los procesos, estructuras y autodescripciones de los sistemas que componen la sociedad.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Luhmann, Niklas, *La política como sistema; lecciones publicadas por Torres Nafarrete Javier*, México, Universidad Iberoamericana, 2009. Pág. 175

<sup>17</sup> Corsi, Giancarlo; Esposito, Elena y Baraldi, Claudio, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México, Universidad Iberoamericana, 1996, Pág. 31.

<sup>18</sup> Luhmann, Niklas, trad. Torres Nafarrete Javier, *El derecho de la sociedad, óp. cit.* Pág. 18.

Un sistema surge y se reproduce en la medida en que sus operaciones den lugar a otras operaciones, todo sistema se compone por sistemas de menor proporción denominados subsistemas, por ejemplo, un subsistema del sistema jurídico, podría ser el sistema judicial de impartición de justicia, en razón de que el sistema jurídico da lugar a las operaciones del sistema judicial.

Estos subsistemas y sistemas por separado, a su vez conforman el entorno de los demás subsistemas y sistemas, este entorno, adquirió una relevancia por encima de todas disposiciones teóricas, lo anterior en razón de que esto, es precisamente el cuerpo de la teoría de sistemas sociales, los sistemas solo pueden ser entendidos y analizados haciendo alusión a la relación que tienen con su propio entorno, de forma dinámica, comunicándose entre sí.<sup>19</sup>

Otro aspecto que hay que resaltar es la capacidad de auto organizarse de cada sistema, ésta auto-organización es la construcción de estructuras propias dentro de cada sistema.<sup>20</sup> No se debe confundir la auto-organización de los sistemas con su auto-reproducción.

La auto-reproducción, es la *autopoiesis* de la que se hizo referencia en párrafos anteriores, mientras que su auto-organización, hace referencia a que los sistemas están clausurados en su operación, por tal motivo no pueden importar estructuras de otros sistemas, en cambio cada sistema deberá producir estructuras propias para alcanzar sus propios fines, en razón de la cerradura operacional con la que cuentan, estas estructuras propias deberán ser construidas mediante operaciones propias.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Luhmann, Niklas, Introducción a la Teoría de sistemas, Universidad Iberoamericana, 2009, Pág. 77.

<sup>20</sup> *Ibidem*, Pág. 111.

<sup>21</sup> *Ídem*.

Como se ha mencionado de manera constante, los sistemas también interactúan con otros sistemas y *la comunicación* es la encargada de regular el intercambio de información entre sistemas.

Un aspecto que debe tomarse en cuenta al estudiar la teoría de sistemas es la comunicación que existe entre estos sistemas. Para Luhmann todos los sistemas son independientes, aunque relacionados entre sí, la *complejidad* es un tema que atiende al número de relaciones que tiene un sistema con otros sistemas, en este sentido podemos hablar de un sistema complejo cuando se tiene un gran número de relaciones con otros sistemas, o de sistemas hipercomplejos si ese número de relaciones se amplía aún más.

La complejidad significa que para actualizar las relaciones entre los elementos es necesaria la selección. La complejidad de una unidad indica el hecho de que no todos los elementos de dicha unidad pueden estar en relación con ellos mismos. Como fundamento de la definición de complejidad está la distinción entre elemento y relación, que permite observar una condición de relacionabilidad selectiva, distinguiéndola de una condición de relacionabilidad completa entre elementos.<sup>22</sup>

Todos los conceptos que se mencionaron en los párrafos anteriores conforman la teoría de sistemas de donde se destaca la auto-organización de los sistemas, su cerradura operacional, la interacción de los sistemas con otros sistemas, la capacidad de auto-reproducirse denominada *autopoiesis*, y la complejidad de los sistemas que atiende al número de relaciones que tiene un sistema con otro a través de la comunicación.

La teoría de sistemas sociales de Luhmann establece que todos los sistemas están relacionados entre sí, manteniendo una constante comunicación entre ellos, e influyendo directamente cada sistema el uno con el otro, esta teoría explica el funcionamiento de la estructura social a través su complejo análisis.

---

<sup>22</sup> Corsi, Giancarlo; Esposito, Elena y Baraldi, Claudio, *óp. Cit*, Pág. 43.

El motivo por el cual se profundiza en el estudio de esta teoría es en razón de que el fenómeno migratorio puede ser observado desde distintos enfoques, se puede estudiar la migración desde el sistema jurídico, el sistema político, el sistema social o el sistema económico, sin embargo una investigación que se limite a considerar un solo sistema se quedaría corta.

En razón a lo que se comenta en el último párrafo era menester conocer los diversos conceptos que maneja la teoría de sistemas sociales, esto en razón de que el presente trabajo de investigación tiene la ambiciosa pretensión de proporcionar un panorama amplio respecto del fenómeno migratorio y no quedarse en el estudio únicamente jurídico, porque como ya se mencionó esto sería una autodescripción del propio sistema, es decir una descripción de la norma, una descripción de las normas que regulan la migración.

Hablar no solo jurídicamente de migración sería imposible sino se acepta la idea de que los diversos sistemas sociales se relacionan entre sí, y que el fenómeno migratorio puede estudiarse desde diversos aspectos, pero un estudio complementario requiere necesariamente ser multidisciplinario al menos a nivel conceptual.

### **1.1.2. Neoliberalismo, poder y derecho**

Uno de los sistemas dentro del complejo sistema social es el sistema económico, el modelo económico imperante es el neoliberalismo el cual es un modelo que no se limita únicamente a la economía, sino que se manifiesta en todos los sistemas que componen la sociedad.

El neoliberalismo no sólo es una estructura económica, sino un esquema integral geopolítico que conjuga la violencia política, militar, ideológica, jurídica y estatal para que las transformaciones estructurales que promueve ponga a las anteriores variables de su lado con el propósito de modificar en

beneficio de la clase dominante los elementos que conforman la convivencia social y la nueva forma de dominación política.<sup>23</sup>

La teoría del neoliberalismo señala que los vínculos sociales están gobernados por la violencia de clase. Para alcanzar los objetivos del neoliberalismo se requiere de dos herramientas imprescindibles las cuales son: el orden jurídico y la estructura estatal. El modelo neoliberal se expresa además de la economía en la política y el derecho *los poderosos del mundo requieren de sistemas jurídicos y estatales compatibles con el modelo neoliberal.*<sup>24</sup>

El Estado neoliberal encuentra su fundamento en la liberalización económica, el libre comercio, los mercados abiertos, la privatización y la desregulación, fomentando la disminución del tamaño del sector público e incrementando la influencia del sector privado.<sup>25</sup>

El neoliberalismo es un tema estrechamente ligado al fenómeno migratorio, en virtud de que en un inicio bajo el modelo neoliberal en curso, se pensó que esas migraciones resultaban funcionales al mismo modelo neoliberal, lo anterior en razón de que:

Las migraciones actuaban como *válvula de escape* a una población laboral que crecientemente no podía ser absorbida decorosamente en sus países de origen, contribuía a satisfacer la demanda laboral en los países de destino en expansión y además generaba importantes flujos de remesas familiares con significativos efectos macroeconómicos, a nivel nacional, regional y familiar.

---

<sup>23</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “Las características jurídicas del neoliberalismo”, *Revista mexicana de derecho constitucional*, México, 2015, número 32, pág. 7.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pág. 9.

<sup>25</sup> Rangel Cortés, Víctor Manuel, “Reforma energética en el contexto neoliberal mexicano”, *Hechos y Derechos*, 2013, No. 17.

Sin embargo, dicha funcionalidad ha sido acotada por la realidad de la globalización.<sup>26</sup>

En la actualidad los Estados modernos existen dentro de un sistema interestatal globalizado que es parte de la configuración política hegemónica del sistema capitalista mundial y de la economía mundial.<sup>27</sup> “El modelo jurídico capitalista consistirá en el conjunto de enunciados descriptivos de las conductas cuya repetición es necesaria para la reproducción del modelo socioeconómico capitalista”.<sup>28</sup>

El sistema económico neoliberal en todo momento atiende a sus propios intereses, y quien ostenta el poder busca también modificar las leyes en su propio beneficio.<sup>29</sup> “En una sociedad capitalista el derecho penal simplemente no puede tutelar un inexistente interés general. Este implica necesariamente, la expresión de un poder de clase”.<sup>30</sup>

Una definición conveniente de poder es la proporcionada por Weber, quien establece que: *significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun en contra de toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.*<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> García Zamora, Rodolfo, “Crisis financiera internacional, migración y remesas en América Latina”, *Revista ola financiera*, México, 2010, Septiembre-diciembre, Pág. 121.

<sup>27</sup> Santos, Boaventura De Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, Ilsa, 2009. Pág. 67.

<sup>28</sup> Correas, Oscar, *Sociología del Derecho y crítica jurídica*, óp. Cit, Pág. 50.

<sup>29</sup> Foucault, Michel, Trad. Horacio Pons, *El poder una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*, Buenos Aires, editores siglo veintiuno, 2012, pág. 36-37.

<sup>30</sup> De Giorgi, Alessandro, Trad. José Ángel Brandariz García y Hernán Bouvier, *El gobierno de la excedencia Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de sueños, Madrid, 2006, Pág. 57.

<sup>31</sup> Max, Weber, *Economía y Sociedad*, Fondo de cultura económica, México, 1998, Pág. 43.

Por otra parte el derecho es el resultado del poder que lo produce y lo manipula, es por esta razón que el derecho o la propia ley no son capaces, ni serán capaces de controlar al poder, y en cambio se convierte en un instrumento que obliga a los ciudadanos a la sumisión.<sup>32</sup>

El derecho mismo es quien distingue entre lo permitido y lo prohibido y no es de hecho más que un instrumento del poder, los mecanismos de poder son mucho más amplios que el mero aparato jurídico legal, ya que el poder se ejerce mediante procedimientos de dominación que son muy numerosos.<sup>33</sup>

Derivado de lo anterior se generan producciones respecto de lo que es verdad, estas producciones no pueden dissociarse del poder ni de los mecanismos de poder, porque estos últimos hacen posibles e inducen esas producciones de verdades y a la vez, porque estas mismas tienen efectos de poder que nos ligan.<sup>34</sup>

Luego entonces, se puede afirmar que el neoliberalismo es un modelo económico que influye en todos los sistemas sociales como ya se mencionó, quien ejerce el poder utiliza al derecho como una herramienta para poner las condiciones a su favor, y el derecho es el cumulo de normas vigentes en una época y un lugar determinados, que el poder considera obligatorias.<sup>35</sup>

En relación a lo comentado en este apartado debiéramos pensar cual es la posición del migrante frente a esas relaciones de poder, esto en razón de que las normas que lo regulen variarían de acuerdo a como es que son concebidas estas personas por todas las cuestiones, intereses y factores de poder.

---

<sup>32</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Seguridad nacional y derechos humanos*, ediciones Acatlán, México, 2013, Pág. 23

<sup>33</sup> Foucault, Michel, Trad. Horacio Pons, *El poder una bestia magnífica...*, óp. Cit, pág. 41.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 73.

<sup>35</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, quinta edición, 2009, Pág. 97.

### 1.1.3. El papel del Derecho como discurso

El Derecho desde un punto de vista sociológico, en varias ocasiones es definido como un discurso, el discurso es la cosa pronunciada o escrita, un discurso jurídico es todo aquello que está en el orden de las leyes, por tanto siempre será un discurso escrito.

Se trata de un discurso de carácter prescriptivo, producido por quien detenta el poder, que es reconocido como legítimo, o bien por la mayor parte de la población de un país, o bien por sus fuerzas armadas, y que organiza la violencia, la cual, precisamente, se legitima por el reconocimiento de ese discurso como derecho.<sup>36</sup>

En otras palabras, el reconocimiento a que se refiere el párrafo anterior, es un reconocimiento por parte del destinatario del discurso, dicho reconocimiento legitima a este discurso como Derecho, y este discurso siempre es pronunciado por el poder y está cargado de ideología.

La sociología jurídica también se interesa por el estudio del discurso que habla del derecho, el cual siempre es un discurso hablado, pronunciado por los actores del derecho, es decir abogados, jueces, profesores de derecho, políticos, alumnos y ciudadanía en general, quienes también opinan respecto del derecho.

Un ejemplo claro de lo que se comenta en el párrafo anterior podría ser una cátedra de Derecho en alguna universidad, o los argumentos vertidos por un abogado en una audiencia. El discurso que habla del derecho son los discursos circulantes en el día a día dentro de una sociedad.<sup>37</sup>

La diferencia entre un discurso que habla de derecho y un discurso jurídico, radica en que el primero de ellos, es decir el discurso que habla del derecho, se produce cotidianamente por parte de los actores del derecho quienes ya fueron

---

<sup>36</sup> Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, óp. Cit, Pág. 22.

<sup>37</sup> *Ibídem*, Pág. 153.

mencionados en el párrafo que antecede, mientras que el segundo, es decir el discurso jurídico, se produce únicamente por quien está autorizado para crearlo, pero siempre atendiendo a la ideología de quien detenta el poder.<sup>38</sup>

El derecho es observado como discurso del poder en razón de que derecho es una palabra que puede servir para designar un fenómeno que tiene conexión con otro conjunto de fenómenos sociales inscritos en el contexto del ejercicio del poder en una sociedad.<sup>39</sup>

En varias ocasiones al referirse al discurso jurídico más allá de hacer alusión únicamente a lo que está plasmado en las normas, también se hace referencia a la poca o nula aplicación de las normas, al considerarse que lo que está establecido en una ley no es aplicable en un contexto real, se dice que una norma es mero discurso en razón de su limitada observancia en el contexto general.

El Derecho es un mecanismo que regula conductas sociales, *las personas y el derecho en general están supeditados al poder que los construye y los utiliza.*<sup>40</sup>

Se habla entonces de un discurso jurídico en razón de que el Derecho es lo pronunciado por quien detenta el poder, este discurso encuentra su legitimidad en el momento de que es aceptado como Derecho por la sociedad. Este discurso también puede ser considerado por varios autores como un aparato ideológico del Estado, en razón de que las leyes establecen parámetros de conducta, determinando o haciendo distinción entre conductas aceptadas y conductas reprobadas por quien detenta el poder.

En razón de lo anterior, y al mencionar que el derecho puede ser considerado un aparato ideológico, es importante hacer una distinción entre aparatos ideológicos y aparatos represivos, los primeros de ellos (aparatos ideológicos) operan para

---

<sup>38</sup> *Ibídem*, Pág. 69.

<sup>39</sup> *Ibídem*, Pág. 55.

<sup>40</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, México, Edit. Fes Acatlán, 2012. Pág. 80

poseionarse en la conciencia y están constituidos por la religión, la educación, la familia, los medios de comunicación, entre otros, mientras que los segundos (aparatos represivos) son por ejemplo, la policía, el ejército, los ministerios públicos, las fiscalías, las cárceles, entre otros más.

La importancia de este apartado denominado el papel del derecho como discurso y en relación al tema de la migración tomara realce más adelante, en el momento que se comenten las garantías de los derechos de los migrantes, donde será importante recordar algunas de las reflexiones aquí mencionadas.

#### **1.1.4. Ideología de la construcción del derecho**

La ideología es la relación del sujeto con la verdad, o simplemente el vínculo que guardan estos últimos respecto del conocimiento, la ideología según Foucault es una relación perturbadora, oscurecida, velada por las condiciones de existencia, por las relaciones sociales o formas políticas impuestas desde el exterior, al sujeto del conocimiento.<sup>41</sup>

El derecho constituye un instrumento del poder que define los comportamientos conformes y legitima el castigo para quienes actúan fuera de esa voluntad.<sup>42</sup>

Luego entonces se puede definir a la ideología como todo aquello que permea la conciencia del individuo, haciendo que este último conciba o acepte como verdad lo que le ha sido introducido en su conciencia por todos esos factores que lo rodean, el propio derecho no se crea de manera aislada o solitaria, sino que es creado por los hombres autorizados para crearlo, por ende siempre llevara implícito una ideología, la ideología de quien lo creo.

---

<sup>41</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, cuarta edición, Barcelona, Gedisa, 1995, pág. 32

<sup>42</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, óp. Cit. Pág. 94

El conjunto de contenidos de una particular conciencia de la realidad, objetivados durante un determinado tiempo, espacio y circunstancias históricas, que han sido institucionalizados por quien ha tenido el poder para hacerlo y que se mantienen a través de las generaciones, mediante sistemas de controles sociales formales e informales, derivados de mecanismos de sumisión y obediencia jerárquicas.<sup>43</sup>

El derecho al ser una herramienta del poder, siempre lleva implícito una ideología, tanto en su construcción, como en su aplicación, esta ideología siempre será favorable a las causas del poder, toda vez que es el mismo poder quien lo crea, y por tal motivo no puede ir contrario a sus intereses. El derecho es un instrumento ideológico que oculta el ejercicio del poder.<sup>44</sup>

Como ya se ha mencionado el derecho es considerado un discurso, y su construcción lleva implícita la ideología del poder, siempre a favor de sus propias causas, por tal motivo al estudiar una norma jurídica se puede apreciar cual es o pudiera ser la ideología con la que fue creada determinada norma.

Lo que se suele denominarse derecho es un discurso no compuesto únicamente de normas, sino de enunciados como las definiciones por ejemplo. Pero aún más, ese discurso incluye otras ideologías además de la incluida en las normas propiamente dichas que en el podemos encontrar.<sup>45</sup>

Podría decirse que el referente del discurso jurídico es el derecho, mientras que su causa es la ideología dominante.<sup>46</sup> Los trabajos de investigación tienen por

---

<sup>43</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, et al, *control social en México*, México, Fes Acatlán, 1998, Pág. 27.

<sup>44</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, óp. Cit. Pág. 80

<sup>45</sup> Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, óp. Cit, Pág. 30.

<sup>46</sup> *Ibidem*, Pág. 153.

objetivo encontrar los nexos existentes entre los temas de la ideología dominante y su traducción o interpretación en el discurso jurídico.<sup>47</sup>

Las leyes positivas formuladas por el poder político de una sociedad para ser consideradas buenas no deben retranscribir en términos positivos los contenidos de la ley natural, la ley religiosa o la ley moral.<sup>48</sup>

Una norma para poder ser considerada buena tendría que ser funcional para la sociedad.

Los sistemas de control social formal están constituidos por ideologías hechas derecho, que poseen una sanción jurídica. A su vez los sistemas de control social informal están constituidos por ideologías hechas normas sociales y cuya sanción no es jurídica, sino que se traduce en un reproche o castigo del dominador, o en un sentimiento de culpa individual.<sup>49</sup>

De conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior, la ideología del poder no siempre se traduce en norma jurídica, sino también en normas sociales, estas normas llevan implícitas valores morales de quien realiza determinada conducta, son incoercibles y se oponen a la coercibilidad del derecho, su cumplimiento se efectúa de manera natural o espontánea sin presión alguna, y su incumplimiento no trae aparejada ninguna sanción, más que el propio malestar individual o el rechazo social.<sup>50</sup>

La construcción del derecho en todo momento está cargada de ideología, la cual es determinada por quien detenta el poder, la concepción de verdad que nos impone el derecho es la concepción de verdad que nos impone el poder.

---

<sup>47</sup> *Ídem.*

<sup>48</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, *óp. Cit*, pág. 92-93.

<sup>49</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, *óp. Cit*. Pág. 66.

<sup>50</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, *óp. Cit*, Pág. 21.

### **1.1.5. El mundo de inclusión y exclusión que genera la ideología del poder**

Con base en lo que se ha mencionado con anterioridad, se puede establecer que las normas jurídicas, siempre van cargadas de ideología, esta ideología dominante genera un mundo de inclusión/exclusión, en razón de quienes se apegan a lo establecido por las normas y los que no lo hacen, los que son afines con las causas del poder, y los que no.

La normalización es un instrumento del poder en la sociedad contemporánea, y crea una idea de individuos capaces y menos capaces, el que obedece una norma y el que la desobedece, al que se puede corregir y a quien no, generando con esto un mundo de inclusión y exclusión.<sup>51</sup>

El poder hace su trabajo de transmitir, al ser capaz de influenciar la selección de las acciones (u omisiones) frente a otras posibilidades.<sup>52</sup>

Este poder según Luhmann, es una forma de comunicación entre los sistemas, el poder político, el poder económico, influyen directamente con el sistema jurídico generando un mecanismo con conductas establecidas a las que los ciudadanos deberán apegarse, *el poder construye la eficacia de un sistema normativo ordenador de las conductas de los miembros de la sociedad.*<sup>53</sup>

Es decir, el Derecho es creado por el poder, las normas que se producen siempre van cargadas de ideología del poder para defender los propios intereses del poder generando con esto un mundo de inclusión/exclusión. *La teoría del poder*

---

<sup>51</sup> Foucault, Michel, Trad. Horacio Pons, *El poder una bestia magnífica...*, óp. Cit, pág. 36-37.

<sup>52</sup> Luhmann, Niklas, trad. Luz Mónica Talbot, *Poder*, México, Ed. Anthropos, 1995, Pág.7

<sup>53</sup> Correas, Oscar, *Sociología del Derecho y crítica jurídica*, óp. Cit, Pág. 81

*logra una perspectiva general sobre formas de influencia que se tornan accesibles una vez que se trasciende un concepto limitado de poder.*<sup>54</sup>

El poder utiliza los aparatos ideológicos del estado para la creación de ideología, estos aparatos encuentran su razón de ser en la lucha de clases, las ideologías existentes son una formación social las cuales existen en razón de la ideología dominante y las formas de lucha entre clases, por tal motivo los aparatos ideológicos representan la forma en la cual la ideología de la clase dominante pretende imponerse.<sup>55</sup>

Un procedimiento de control y delimitación del discurso jurídico, son los sistemas de exclusión que genera este mismo discurso, lo anterior debido a que los grandes sistemas de exclusión afectan directamente la credibilidad y veracidad del propio discurso.<sup>56</sup>

En específico, en el delito de tráfico de personas se puede apreciar que este delito, no tiene como prioridad la protección de los derechos fundamentales del migrante, sino que su principal preocupación son los intereses del sistema, este delito no protege al migrante, esto por no ser afín con las causas de la ideología dominante, el migrante dentro de este mundo de inclusión/exclusión, es excluido, convirtiendo al derecho en discurso jurídico.

El poder no es algo que se encuentre en la naturaleza, sino más bien en la voluntad o en los procesos de decisión de quien tiene los medios necesarios para obtener lo que quiere.<sup>57</sup>

El poder excluye a aquellos que no son afines con sus causas, la ideología con la que se crea el Derecho atiende en todo momento a los intereses del poder,

---

<sup>54</sup> Luhmann, Niklas, trad. Luz Mónica Talbot, *Poder, óp. Cit*, Pág.7

<sup>55</sup> Althusser, Louis, *ideología y aparatos ideológicos del estado*, 18ª edición, Siglo XXI, México, 1989. Pág. 29.

<sup>56</sup> Foucault, Michael, Trad. Alberto González Troyano, *El orden del discurso*, Tusquets Editores, Buenos Aires, 1992, Pág. 11-13

<sup>57</sup> Luhmann, Niklas, *La política como sistema...*, *óp. Cit*. Pág. 119

y vulnera a quienes no comparten esa ideología o esos fines, estos dos grandes mundos de aceptación y rechazo generan una disminución de confianza en el discurso jurídico.

La teoría del poder logra una perspectiva general sobre formas de influencia que se tornan accesibles una vez que se trasciende un concepto limitado de poder.<sup>58</sup>

El ejercicio del poder, nos permite crear diversas concepciones de verdad. *Quien ejerce la hegemonía no usa la fuerza, sino como último recurso*, para establecer determinada ideología se usan diversos instrumentos, los aparatos ideológicos del Estado, son mecanismos empleados para manipular la ideología de las personas.

Pareciera que se es reiterativo en los conceptos y explicaciones, sin embargo lo anterior se debe a la estrecha relación que guardan entre sí los últimos temas que se están abordando.

En muchas ocasiones en un contexto real podemos ver como la ideología del poder nos presenta al migrante como una persona marginada, el poder utiliza todos los mecanismos a su alcance, como los aparatos ideológicos del Estado para relegar y excluir a las personas con estancia irregular en un país, en una perspectiva real vulnera los derechos fundamentales que el mismo le otorgo en los ordenamientos legales y lo coloca en una situación de total vulnerabilidad.

El poder crea estereotipos, toda clase de discriminación surge de esos mismos estereotipos, esa discriminación aumenta una condición más a su situación de vulnerabilidad.

Por esta razón es de cuestionarse: ¿el delito de tráfico de personas pretende proteger al migrante, o ubicarlo para repatriarlo a su país? ¿Sancionar al sujeto activo del delito por poner en riesgo al migrante, o amenazarlo y castigarlo por

---

<sup>58</sup> Luhmann, Niklas, trad. Luz Mónica Talbot, *Poder, óp. Cit*, Pág.7

promover, apoyar e impulsar la migración? ¿Garantizar la seguridad del migrante o proteger los intereses del poder?

El mundo de inclusión/exclusión que genera la ideología del poder, se ve reflejada tanto en la construcción del derecho como en su aplicación, en específico en el fenómeno migratorio se puede apreciar esta distinción en razón a la ciudadanía de las personas o su estancia legal, el poder acepta y protege a los nacionales y extranjeros legales, y vulnera a los ilegales, la supuesta protección que otorga en los ordenamientos legales, observada desde una perspectiva real, es un mero discurso jurídico.

## **1.2. La ciudadanía como limitante de los derechos del migrante**

Los derechos humanos al menos en el mundo del discurso jurídico, son derechos que se confieren a las personas y no solo a los ciudadanos.<sup>59</sup> Ferrajoli realiza una crítica a la ciudadanía como factor de exclusión de los derechos de los migrantes irregulares, así mismo critica la diferencia entre extranjeros y no extranjeros en la titularidad de los derechos asociados al *status* de ciudadano.<sup>60</sup>

Los fenómenos migratorios no habían llegado al punto de poner en estridente contradicción los derechos del hombre y los derechos del ciudadano.<sup>61</sup> Hoy en día se puede apreciar que la ciudadanía es una limitante a los derechos humanos que en teoría deberían de ser derechos universales, inherentes a todas las personas.

La ciudadanía es aquel *status* que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad.<sup>62</sup> Por lo cual se puede afirmar que existe una incongruencia entre los conceptos jurídicos de ciudadanía e igualdad, la cual únicamente se podrá resolver con una definitiva superación de la ciudadanía, una

---

<sup>59</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Cuarta edición, Madrid, Trotta, 2009, Pág. 41

<sup>60</sup> *Ibidem*, Pág. 172-173

<sup>61</sup> *Ibidem*, Pág. 42

<sup>62</sup> *Ibidem*, Pág. 28

desnacionalización de los derechos fundamentales y la desestatalización de las nacionalidades.<sup>63</sup>

En relación a lo anterior se puede afirmar que los derechos humanos son concebidos todos no como derechos de la persona o de la personalidad, sino del ciudadano o de la ciudadanía.

Las desigualdades entre países ricos y países pobres y los fenómenos migratorios y de globalización nos advierten de que caminamos hacia una integración mundial.<sup>64</sup>

Los Derechos Humanos observados en diversos ordenamientos legales, debieran de ser respetados por todos los países que los reconocen, sin hacer distinción de la nacionalidad de las personas.

Estos derechos son fundamentales no solo dentro de los estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supra-Estatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías.<sup>65</sup>

Desde la perspectiva de la teoría de sistemas sociales, el sistema jurídico tiene la función de generar expectativas respecto de los acontecimientos sociales.

Para Luhmann los derechos fundamentales no son ya derechos naturales o humanos del individuo, basados en la dignidad humana y otros valores de la persona que el Derecho deba reconocer y proteger.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> *Ibídem*, Pág. 43

<sup>64</sup> *Ibídem*, Pág. 42

<sup>65</sup> *Ibídem*, Pág. 40

<sup>66</sup> Ballesteros Montero, Alberto, *óp. Cit*, Pág. 370.

La universalidad de los derechos del migrante en base al realismo, representan una equivocación, convirtiendo a la norma jurídica en un discurso, en razón de su poca o nula fidelidad a lo que se establece en el texto legal.

Llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales, se ha negado su universalidad, condicionando todo su catálogo a la ciudadanía.<sup>67</sup> Como sabemos muy bien, estos derechos han sido universales solo de palabra, pues si normativamente desde la declaración francesa de 1789 se han proclamado siempre como derechos de la persona, de facto han sido siempre derechos del ciudadano.<sup>68</sup>

Condicionar algunos derechos en virtud de la calidad de ciudadano hace creer que estos derechos son una ficción, en virtud de que la posibilidad de los extranjeros de ejercer libremente sus derechos en el territorio de un Estado se ve limitada en razón a su ciudadanía.<sup>69</sup> O al menos se ven restringidos de mayor manera para aquellos que son considerados extranjeros ilegales sin la posibilidad de hacer valer este derecho, luego entonces:

Los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos, porque están desprovistos de garantías, y tampoco serían derechos los derechos sociales, igualmente carente de las adecuadas garantías jurisdiccionales.<sup>70</sup>

La posibilidad de transitar libremente por el territorio de un Estado, es un derecho restringido, carente de garantías para aquellos que no cumplen con requisitos migratorios de un determinado país, con lo que se pone en cuestionamiento nuevamente la universalidad de estos derechos.

---

<sup>67</sup> Ferrajoli, Luigi, *óp. Cit*, Pág. 41

<sup>68</sup> *Ibíd*em, Pág. 43

<sup>69</sup> *Ibíd*em, pág. 40

<sup>70</sup> *Ibíd*em, Pág. 45

Aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho.<sup>71</sup>

Carece de lógica hablar de un derecho que no pueda ser garantizado por una autoridad, ¿Qué sentido tiene tener derechos que no se pueden garantizar? Los derechos del migrante a transitar libremente, o a elegir su residencia en un Estado: *comporta no solo la prohibición a todo Estado de impedir la emigración, sino también la prohibición para la comunidad internacional de impedir la inmigración y el correlativo derecho de acogida.*<sup>72</sup>

El derecho a migrar es un derecho reconocido en diversos tratados internacionales, es universal solo cuando se trata del derecho a salir y entrar al propio país, pero siempre se ve limitado respecto al derecho a entrar a un país del cual no se es nacional, con lo que se podría afirmar que el derecho a migrar no está plenamente reconocido en todos los casos.

Por carente de lógica que parezca, se reconoce universalmente el derecho a salir de un país, pero no el de entrar a otro, menos si no es el propio. Ha sido en el derecho Internacional de los derechos humanos, por paradójico que pudiera parecer, en donde se introdujo de manera expresa que las personas pueden estar legal o ilegalmente en un país. Y también ha sido ahí en donde se ha reforzado y dejado en manos de los Estados el decidir quién entra en su territorio y, por tanto, quién puede ejercer en plenitud su derecho a migrar.<sup>73</sup>

### **1.2.1. Derechos fundamentales y derechos humanos**

El presente trabajo de investigación no tiene como prioridad hacer una distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, sino establecer el

---

<sup>71</sup> *Ídem.*

<sup>72</sup> *Ibídem*, Pág. 175

<sup>73</sup> Castilla Juárez, Karlos, *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, CNDH, México, 2015, Pág. 29.

vínculo del cumulo de derechos con el delito de Tráfico de Personas, sin embargo para contar un panorama más claro se considera pertinente hacer alusión a la diferenciación de derechos fundamentales y derechos humanos.

Un derecho humano deberá siempre estar positivado, es decir, materializado en un texto legal, los derechos humanos son derechos fundamentales que fueron reconocidos como tales por el Estado. *Podemos resumir que en tanto los Derechos Naturales pueden o no estar escritos, los Derechos Humanos si lo están, y todos ellos son subconjunto del conjunto total de Derechos Fundamentales.*<sup>74</sup>

Luego entonces podría ser considerado como un error que un derecho sea fundamental por el simple hecho de estar en una norma constitucional o ley fundamental, un derecho es fundamental en tanto sea la base de un tema determinado, su fundamentalidad no radica en su ubicación en un ordenamiento legal, sino en virtud de ser la base de un tema.

Los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna.<sup>75</sup>

Los derechos fundamentales tienen un gran valor ideológico, el destinatario de la norma jurídica se siente protegido en razón de estos derechos, el reconocimiento de estos derechos por parte del Estado constituye los derechos humanos, los cuales deberán estar previstos de garantías para su protección.

---

<sup>74</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Análisis e interpretación de las disposiciones fiscales*, México, Thomson Reuters, 2017, Pág. 543.

<sup>75</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, tercera edición, Porrúa, México, 2005, Pág. 5.

Los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo a la protección de los más débiles.<sup>76</sup>

Por su parte los derechos humanos tienen un sentido simbólico el cual consiste en dar un mensaje, este es un mensaje del poder respecto de generar una impresión por el respeto de la dignidad humana; y por otra parte un sentido instrumental que consiste en construir una realidad, que legitime las formas constitucionales de un Estado, ya que esto es una característica de cualquier sociedad democrática.<sup>77</sup>

*La Declaración Universal de los Derechos Humanos* establece que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos. Sin embargo, existen muchas y poderosas razones para cuestionar la supuesta universalidad atribuida a los derechos humanos.<sup>78</sup>

Los derechos humanos son una ideología formalizada que integra el discurso jurídico.<sup>79</sup>

En relación al objeto de estudio del presente trabajo de investigación, es importante mencionar que un migrante cuenta con derechos humanos, reconocidos tanto de manera interna en sus países como de manera internacional, pero se puede negar lo anterior en razón de que aquello que no sucede en la realidad y se encuentra sólo en el papel, es una *mera apariencia del Derecho*.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> Ferrajoli, Luigi, *óp. Cit*, Pág. 16

<sup>77</sup> Sánchez Hernández, Claudia Eugenia, *Bullying: Entre el triángulo de la violencia y los derechos de niñas, niños y adolescencia*, Fes Acatlán, México, 2017, Pág.12.

<sup>78</sup> Aguiló Bonet, Antoni Jesús, “Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos” *universitas humanística* No.68 julio-diciembre, 2009, Pág. 180.

<sup>79</sup> Oscar, Correas, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, México, 1993, Pág. 114

<sup>80</sup> Campos Zamora, Francisco, “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *revista de ciencias jurídicas*, Costa Rica, Núm. 122, Mayo-Agosto, 2010, pág. 199

Los derechos humanos no son naturales, ni universales, sino culturales y deben ser reconocidos por el poder de un Estado de Derecho democrático, en relación con las condiciones materiales de vida de una sociedad civil específica.<sup>81</sup>

La misma norma jurídica prevé los mecanismos para limitar algunos derechos humanos, conformando nuevamente una imprecisión respecto de la universalidad de estos derechos.

En razón a esto Sánchez Sandoval, critica ciertos derechos porque considera que no importa que se tengan por reconocidos a nivel internacional, porque al final serán los gobiernos y leyes de cada Estado, quienes establezcan las limitaciones a estos derechos y su o no posibilidad de ejercicio.<sup>82</sup> Y en razón de esto afirmó lo siguiente:

El discurso jurídico sobre los derechos humanos, constituye una ideología que sirve como una máscara, para ocultar detrás de ella la violación de los derechos y los abusos de poder.<sup>83</sup>

Un claro ejemplo de lo anterior se encuentra en las leyes y tratados internacionales que anteponen la seguridad nacional sobre los derechos humanos de las personas con la finalidad de alcanzar los objetivos del poder. Al respecto es importante mencionar que los derechos humanos únicamente pueden ser violados por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

En el Estado de Derecho moderno los derechos humanos deben constar por escrito, con su parte preceptiva y su pena, para que puedan exigirse judicialmente con la infraestructura material y humana, para adelantar el

---

<sup>81</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, óp. Cit, pág.17.

<sup>82</sup> *Ibídem*, Pág. 36

<sup>83</sup> *Ibídem*, Pág. 33

procedimiento que lleve a determinar la responsabilidad de las autoridades por su trasgresión.<sup>84</sup>

### **1.2.2. El derecho internacional de los derechos humanos vs seguridad nacional**

Son muchos los tratados internacionales que reconocen el derecho a migrar como un derecho humano tal es el caso de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, entre otros, se profundizara en el análisis de estos instrumentos en el siguiente capítulo, sin embargo se considera oportuno adelantarse en el cuestionamiento del porque se anteponen la seguridad nacional sobre los derechos humanos como ya se mencionó.

De la misma manera se estableció anteriormente en el apartado denominado la ciudadanía como limitante a los derechos del migrante, que paradójicamente ha sido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en donde se contempla el derecho a migrar y también ha sido ahí donde se limita este derecho.

Las limitantes a este derecho son siempre a consideración de la voluntad de un Estado, esta paradoja denota claramente un doble discurso respecto de la postura de los Estados en cuanto a los flujos migratorios y su relación con los derechos humanos, por un lado la postura de reconocer un derecho y por el otro la postura de limitarlo.

La pregunta inmediata es ¿Por qué limitar un derecho? Y la respuesta a este cuestionamiento ve la luz en el momento en el que se estudia el tema de seguridad nacional desde la perspectiva de lo que Jakobs denomina como *el Derecho penal del enemigo*, el cual *sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real:*

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, Pág. 21

*Derecho penal del ciudadano es un pleonasma, Derecho penal del enemigo, una contradicción en los términos.*<sup>85</sup>

En otras palabras, el *Derecho Penal del enemigo* es el *Derecho penal de la puesta en riesgo*. La teoría de Jakobs es una explicación a la forma en que el Estado legitima los excesos del derecho penal.

Para los Estados, los migrantes representan un riesgo a la seguridad nacional, esta afirmación evidencia la criminalización de estas personas en su máximo esplendor, prevaleciendo en todo momento tal y como se puede apreciar el discurso del derecho penal del enemigo sobre el discurso sobre los derechos humanos.

El derecho penal del enemigo es un derecho de excepción, *los enemigos no tienen derechos*. Con base en este razonamiento si se observa al migrante como enemigo, se plantea paralelamente la posibilidad de limitarle sus derechos.

Lo anterior no puede manifestarse expresamente de esa forma en la ley o en los instrumentos internacionales, esto iría en contra de los propios derechos humanos, por lo que el legislador en el discurso jurídico plantea que el enemigo real es el traficante, otorga al migrante la calidad de víctima y paralelamente el derecho penal del enemigo observa a estas personas no solo como sujeto pasivo del delito, sino también como objeto del mismo.

Un claro ejemplo del discurso de los derechos humanos se puede apreciar en el preámbulo de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* el cual a la letra menciona lo siguiente:

Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican con protección internacional, de

---

<sup>85</sup> Günther Jakobs, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson Civitas, Madrid, España, 2003, Pág. 61

naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.

Por otra parte, un claro ejemplo del discurso del derecho penal del enemigo se puede apreciar en el Prefacio de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* el cual a la letra menciona lo siguiente:

Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.

Esto que se comenta en el presente apartado es el fundamento a la limitante de los derechos del migrante, no es una casualidad que el derecho internacional de los derechos humanos le reconozca el derecho a migrar a estas personas y a vez se lo restrinja por motivos de seguridad nacional, se restringe el derecho a migrar no por regla general sino por regla de excepción.

### **1.2.3. El fenómeno de la Migración**

Para estudiar los derechos humanos en el delito de tráfico de personas en México necesariamente tenemos que hablar de migración.

El fenómeno de la migración es una circunstancia habitual que no se limita a los seres humanos, sino que es una característica natural de los seres vivos, son muchas las especies que realizan migraciones, en los animales las causas pueden variar, pero en la mayoría de los casos su migración atiende principalmente a la búsqueda de alimentos, o la búsqueda un lugar apropiado para su reproducción.

También en algunas ocasiones se migra para buscar un refugio adecuado para enfrentar las condiciones climatológicas como pudieran ser un crudo invierno o un verano tórrido, o quizá para huir de sus depredadores.

La migración en el caso de los seres humanos es un fenómeno mundial que no atiende a determinada zona geográfica, ni a alguna temporalidad en específico, a lo largo de la historia de la humanidad todo el mundo ha sido testigo de los flujos migratorios, los cuales siempre atienden a diversas causas.

Ejemplo de lo anterior es el poblamiento del continente americano el cual según la teoría Monogenista Asiática postulada por el antropólogo Ales Hrdlicka, atiende a un fenómeno migratorio, esta teoría menciona que el origen del hombre americano se encuentra en la Mongolia, desde donde un grupo humano del nivel neolítico pasó a América, por un puente de hielo de la última glaciación a través del Estrecho de Bering hace aproximadamente unos diez mil años.<sup>86</sup>

Una vez dicho lo anterior se puede establecer que el fenómeno migratorio no es algo novedoso, esto en virtud de que a lo largo de la historia de la humanidad ha sido observado de manera permanente y universal porque se extiende a lo largo de todo el mundo y durante todos los tiempos.

La Real academia de la lengua española establece que *Migrar* es: *Trasladarse desde el lugar en que se habita a otro diferente*,<sup>87</sup> sin que en esta definición se hable de género, especie, temporalidad, zona geográfica o alguna otra circunstancia específica.

A diferencia de lo que ocurre en el concepto de migración del mismo diccionario donde se menciona que migración es: el desplazamiento geográfico de

---

<sup>86</sup>Villaseñor Bayardo, Sergio Javier, et al, "La enfermedad y la medicina en las culturas precolombinas de América", *Investigación en salud*, Guadalajara, México, diciembre, vol. IV, número 003, 2002, pág. 03, dirección en internet: <http://www.redalyc.org/pdf/142/14240304.pdf>, consultado 12/04/2017 a las 11:45.

<sup>87</sup> Diccionario de la Real academia española, disponible en internet en la dirección electrónica: <http://dle.rae.es/>, consultado 12/04/2017 a las 12: 34.

individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales. Limitando en esta ocasión únicamente a los seres humanos, y atendiendo quizá a una circunstancia más actual, en virtud de que se aventura a establecer las principales causas del fenómeno, en la misma definición.

A partir de que surge mundialmente la idea de Estado-Nación como forma de organización política se crearon las fronteras para delimitar donde empieza y donde termina el territorio de cada Estado, a partir de ello la actividad humana de migrar empezó a limitarse.<sup>88</sup>

En la actualidad son muchas las causas por las cuales las personas deciden emigrar, en la mayoría de los casos se piensa que siempre es por razones económicas, pero esto no es una regla general, también la migración puede atender a cuestiones de inseguridad como las guerras, el terrorismo, o los desastres naturales, a cuestiones de gobernabilidad como los sistemas políticos, la corrupción, o la carencia de servicios y oportunidades, o también por cuestiones demográficas como la sobrepoblación, entre muchas otras.

En México existe una gran cantidad de migrantes nacionales y extranjeros los cuales casi siempre son migrantes de origen y en tránsito con la finalidad de llegar a los Estados Unidos. Esto en razón de que México comparte con el país vecino una frontera de más de tres mil kilómetros de distancia, los motivos parecieran obvios, puesto que con solo dirigirse al norte, cruzar la frontera y encontrar un trabajo, pueden aumentar a veces dramáticamente su estándar de vida.<sup>89</sup>

La migración entre México y Estados Unidos es quizá el fenómeno migratorio contemporáneo con mayor antigüedad en el ámbito mundial.<sup>90</sup> En los últimos años

---

<sup>88</sup> Castilla Juárez, Karlos, *Óp. Cit.* Pág. 14

<sup>89</sup> Douglas S. Massey, *et al, Detrás del trama políticas migratorias entre México y Estados Unidos*, México, Porrúa, 2009, pág. 13.

<sup>90</sup> Durand, Jorge y Douglas S. Massey, *Clandestinos. Migración México-Estados Unidos en los albores del siglo XXI*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2003, pág. 45

esta migración se ha visto obstaculizada por diversas políticas migratorias, se ha reforzado la seguridad en las fronteras con el objeto de impedir dicha movilidad.

La protección que da México a la frontera con Estados Unidos, para que no fluya la migración del sur, ha provocado la constitución de mafias de traficantes.<sup>91</sup> Esta protección a la frontera surge como alianza entre el poder económico y el poder político, la cual es necesaria al sistema de dominación imperialista.<sup>92</sup>

El estado Neoliberal posmoderno se caracteriza por construir y aplicar una estructura político-jurídica cínica, para desnudar a los ciudadanos de todos los derechos adquiridos formalmente en la modernidad liberal, en nombre de la Seguridad Pública Interna y de la Doctrina de la Seguridad Nacional defensora del sistema económico global.<sup>93</sup>

#### **1.2.3.1. Migración y el delito de tráfico de personas**

Como ya se mencionó anteriormente, la migración y el tráfico de personas son dos temas estrechamente ligados entre sí al estudiar el delito de tráfico de personas en México, en razón de que cuando las personas migran de manera ilegal y reciben ayuda de un tercero con el ánimo de lucro se materializa este delito.

Millones de personas salen de sus países de origen cada año por diversas razones y muchos de ellos con el afán de mejorar su calidad de vida, sin saberlo se entregan a las redes de traficantes de migrantes, esta actividad genera inestabilidad para las naciones y ganancias inmensas para ellos, la mayoría de las veces los traficantes utilizan modalidades sumamente peligrosas, o de alto riesgo, que ponen en peligro la vida de las personas que pretenden internarse en otro país de manera ilegal.

---

<sup>91</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, óp. Cit, pág.126.

<sup>92</sup> *Ibidem*, Pág.279.

<sup>93</sup> *Ibidem*, Pág.34.

Al hacer referencia al tráfico de personas, resulta inminente la necesidad de definir que es un traficante, el Diccionario de la Real Academia Española, establece que es aquella persona que: trafica o hace negocios, especialmente de forma no lícita.<sup>94</sup>

Con la migración internacional, surgen también diversas instituciones y organizaciones que pretenden satisfacer las demandas generadas por el desequilibrio creciente entre el número de personas que pretenden entrar a los países ricos en capital.<sup>95</sup>

Este desequilibrio y las barreras que los países desarrollados levantan para impedir la entrada de la gente, suelen generar un nicho muy lucrativo para las personas dedicadas a promover los desplazamientos internacionales, lo que da lugar a la creación de un mercado negro de servicios migratorios.<sup>96</sup>

Este mercado negro genera condiciones de explotación y tratos injustos y discriminatorios, por este motivo el Estado tipifica el delito de Tráfico de Personas haciendo entre ver la relación entre el fenómeno migratorio y el Derecho penal. La sociología jurídico-penal será la ciencia encargada de explicar de manera más clara esta relación entre los fenómenos sociales y el derecho penal.

La sociología jurídico-penal estudia en primer lugar los comportamientos normativos que consisten en la formación y en la aplicación de un sistema penal dado, en segundo lugar los efectos del sistema como reacción al comportamiento desviado y la función de control social correspondiente desde el aspecto institucional; y en tercer lugar las reacciones no institucionales al comportamiento

---

<sup>94</sup> Diccionario de la Real academia española, disponible en internet en la dirección electrónica: <http://dle.rae.es/>, consultado 12/04/2017 a las 12: 34.

<sup>95</sup> Douglas s. Massey, *óp. cit*, Pág. 27.

<sup>96</sup> *Ídem*.

desviado así como las conexiones entre un sistema penal dado y la estructura económica-social.<sup>97</sup>

Alessandro Baratta en su texto *Principios del Derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, establece la siguiente proposición en relación a lo anterior:

El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos.<sup>98</sup>

De la misma manera, este autor considera que la producción material e ideológica del sistema social global nos presenta al sistema punitivo para legitimar las relaciones de poder y de propiedad existente, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos. Los actores del sistema de justicia penal no representan ni tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino, prevalentemente, intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados.<sup>99</sup>

### **1.2.3.2 Migrante como sujeto pasivo del delito de Tráfico de Personas**

Migrante es un término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante, la diferencia entre estos dos conceptos radica en el lugar en el que se hace referencia a estas personas, el término con que se define a los migrantes va a depender de si corresponde al lugar de origen o de destino, es decir, mientras que el inmigrante es la persona que llega a un Estado con el propósito de residir en él,

---

<sup>97</sup> Baratta, Alessandro, Trad. Álvaro Búnster, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, introducción a la sociología jurídico-penal*, México, Siglo XXI editores, Pág. 14.

<sup>98</sup> Baratta, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, Pág. 302.

<sup>99</sup> *Ibidem*, Pág. 301.

el emigrante es la persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro.<sup>100</sup>

A pesar de las condiciones de origen de los migrantes, la movilidad que realizan estas personas siempre tiene que ver con condiciones de coacción y con una búsqueda de libertad.<sup>101</sup>

Las personas a las que se refiere el párrafo anterior son el elemento personal del fenómeno migratorio, con ello se convierten también en el sujeto pasivo del delito de tráfico de personas si se piensa en él cómo víctima, u el objeto de delito si se estudia el delito de tráfico de personas desde la perspectiva de seguridad nacional.

Anteriormente con el sistema inquisitivo en materia penal los migrantes eran considerados co-detenidos, en razón de que si bien es cierto que se encuentran en una situación de riesgo, también lo es que ellos mismos se colocaron en esa situación.

El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, ya sea en lo que respecta a la protección otorgada a los bienes y los intereses, o bien en lo que concierne al proceso de criminalización y al reclutamiento de la clientela del sistema (la denominada población criminal).<sup>102</sup>

La sociología jurídico-penal de Baratta considera que las clases populares conforman los grupos sociales más débiles, como lo evidencia en materia penal la composición social de la población carcelaria.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2. Pág. 4.

<sup>101</sup> Mezzadra, Sandro, Trad. Miguel Santucho, *Derecho de fuga: Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de sueños, Madrid, 2005, pág. 17

<sup>102</sup> Baratta, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, *óp. Cit.*, Pág. 301.

<sup>103</sup> *Ídem.*

Con el auge de los Derechos Humanos, y la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal en México, la calidad del migrante en el delito de tráfico de personas pasa de ser considerado un co-detenido a ser considerado una víctima, situación que se explicara más a detalle en el siguiente capítulo.

Esta nueva calidad del migrante no desvirtúa la anterior afirmación de Baratta, las estaciones migratorias son un claro ejemplo de ello, estas estaciones se han convertido en una especie de cárceles en razón de que los migrantes que son retenidos permanecen aislados dentro de celdas en condiciones completamente desfavorables.

Los migrantes irregulares son considerados un grupo vulnerable de la sociedad, el Estado través el discurso jurídico establece una aparente mecanismo de protección para estas personas, en razón de su vulnerabilidad.

En el libro *imperio* de Michael Hardt y Toni Negri, se describe al migrante como un sujeto político heroico, en tanto es forjador del desdibujamiento de las fronteras nacionales.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Mezzadra, Sandro, *Óp. Cit*, Pág. 16.

## CAPITULO II

### DERECHO Y MIGRACIÓN

#### 2.1 La relación del derecho penal y la migración

En el capítulo anterior se estableció que existe una estrecha relación entre el Derecho y el fenómeno migratorio, misma que nace con la regulación jurídica de este fenómeno, de la misma manera se estableció que a partir de que el Estado tipifica el delito de Tráfico de Personas hace entre ver la relación entre el fenómeno migratorio y el Derecho penal. Así mismo es importante establecer que este fenómeno migratorio también tiene un estrecho lazo con los Derechos Humanos del migrante.

Dicho en otras palabras, el fenómeno migratorio se relaciona con el Derecho cuando el Estado reglamenta los flujos migratorios, esta regulación jurídica se relaciona con el derecho penal en el momento en el que el Estado tipifica el delito de Tráfico de Personas, este delito declara una protección al migrante, el amparo reconocido al migrante y la relación del fenómeno migratorio con los derechos de estas personas nos hace voltear a ver aunque no necesariamente, pero sí de manera complementaria el tema de derechos humanos, sobre todo cuando se analiza la construcción del Derecho como un fenómeno sociológico.

A lo largo de este capítulo se pretenderá explicar y analizar a partir de un estudio jurídico de la ley, las relaciones que se mencionan en el párrafo anterior.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece en su jurisprudencia<sup>105</sup> que los elementos para la acreditación del delito de tráfico de indocumentados son los que se presentan en el siguiente cuadro:

---

<sup>105</sup> Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CXXIII/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: XXV, junio de 2007, Página: 206.

Conducta	Pretender llevar o llevar a mexicanos o extranjeros a internarse a otro país.
Sujeto activo	Cualquier persona, pues no se requiere alguna calidad especial.
Sujeto pasivo	Los mexicanos y extranjeros que sin documentos para su legal estancia se les traslade a otro país.
Resultado	Internar o pretender internar a mexicanos o extranjeros a otro país.
Bien jurídico tutelado	La seguridad de los nacionales o extranjeros que pretendan ingresar a otro país sin la documentación correspondiente
Objeto material	La conducta delictiva debe recaer en personas nacionales o extranjeras.
Circunstancias de lugar	El territorio nacional con el fin de trasladarse a otro país.
Medios utilizados	Cualquiera, pues no señala algún medio específico.
Elementos normativos de valoración jurídica	La documentación correspondiente.
Elemento subjetivo específico	El propósito de tráfico.

Fuente: cuadro elaborado por el autor con base en jurisprudencia de la SCJN.

El bien jurídico tutelado de este delito declara la protección del migrante irregular como sujeto pasivo del mismo. De igual manera como ya se había mencionado con anterioridad con el auge de los Derechos Humanos en México, a partir de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 y la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal por la reforma constitucional del 18 de

Junio del 2008 el delito de tráfico de personas sufre diversos cambios que serán estudiados en este segundo capítulo.

Lo que se menciona en el párrafo anterior debe hacerse sin perder de vista los temas que fueron tratados en el capítulo primero respecto de la construcción del derecho, la ideología, el poder, el neoliberalismo, el papel del derecho como discurso y la ciudadanía como un limitante del ejercicio de los Derechos Humanos del migrante.

## **2.2 Derecho positivo vigente en materia de tráfico de personas y Derechos Humanos**

Una vez que se mencionó reiteradamente y se explicó el vínculo del fenómeno migratorio con el derecho penal, así como el existente entre el Tráfico de Personas y los Derechos Humanos a partir de la finalidad de protección a los migrantes que declara el propio delito, es importante mencionar la normatividad vigente en las que se encuentran regulados estos vínculos.

El delito de tráfico de personas al igual que los derechos humanos se encuentran previstos tanto de manera interna en la legislación Mexicana, como de manera externa en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

Para efecto de ilustrar lo anterior se enunciarán las principales leyes nacionales e instrumentos internacionales que serán utilizados para explicar lo que actualmente la normatividad establece en relación a estos temas y, a través de su estudio evidenciar las causas del porque el derecho dice lo que dice, así como sus posibles consecuencias; toda vez que no debemos perder de vista que se estudia al Derecho como construcción discursiva y se busca en la ideología dominante los antecedentes de este discurso jurídico.

Para el estudio del delito de Tráfico de Personas se ocupará en materia internacional la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, así como el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes*

*por tierra, mar y aire*, así mismo en cuanto a la normatividad nacional será analizada la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, la *Ley de Migración*, la *Ley General de Población*, la *Ley de Nacionalidad*, así como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En cuanto a los Derechos Humanos los instrumentos internacionales que se examinarán la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto a la normatividad nacional se utilizará la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

### **2.2.1 Los instrumentos internacionales**

De conformidad con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte y en los que se reconocen derechos humanos, son más de 200.<sup>106</sup>

Al hablar de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la indispensable tarea de entenderlos, ante el paradigma que se constituye con la obligatoriedad de ejercerlos necesariamente, se tienen que tener presente dos temas indispensables: el control difuso de convencionalidad<sup>107</sup> y la interpretación conforme.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Información disponible en internet en la dirección electrónica: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html> consultado el 1 de octubre de 2017 a las 15:28.

<sup>107</sup> Véase caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, párrafo 339.

<sup>108</sup> Véase acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día catorce de julio de dos mil once, Expediente Varios 912/2010, párrafo 33.

Estos temas enfatizan en la imperante necesidad de proteger los derechos humanos y la obligación de las autoridades de analizar y estudiar el asunto respecto a sus facultades y atribuciones.

En primer momento tenemos que el control difuso de convencionalidad consiste en realizar un examen a fin de verificar la compatibilidad que existe entre las normas nacionales e instrumentos internacionales con la finalidad de verificar cuándo se otorga mayor efectividad a un derecho humano, es decir que si en una misma situación son aplicables normatividad interna e instrumentos internacionales, debe prevalecer la norma más favorable al individuo.<sup>109</sup>

En relación a este control difuso de convencionalidad surge la interpretación conforme, la cual es una fórmula de interpretación de los jueces para lograr una correcta armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional con la única finalidad de lograr el mayor alcance de protección y una correcta eficacia de la norma.

El juez se encargará de armonizar la norma nacional con la convencional, siendo que ninguna disposición puede limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocidos. Dicha interpretación debe ser de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, este criterio incorpora el principio *pro persona*, que implica favorecer en todo momento la protección más amplia y adecuada a las personas.

### **2.2.1.1 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados**

La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* fue elaborada en Viena el 23 de mayo de 1969 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975, en ella se reconoce la importancia de los tratados como fuente

---

<sup>109</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Coord. *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial, Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa, 2014, Pág. 91

del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, así mismo establece parámetros respecto de los mismos.

En el artículo segundo de esta Convención se encuentra una definición de tratados, la cual nos dice lo siguiente: se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

En esta definición se menciona que son considerados tratados todos los instrumentos internacionales celebrados como acuerdos entre dos o más Estados, sin importar si su denominación sea como declaración, protocolo, pacto, convención, estatuto, convenio, carta, enmienda o tratado, todos serán considerados tratados internacionales.

Es importante mencionar que los Estados parte otorgan su consentimiento en obligarse de distintas formas como pudiera ser mediante la firma de su representante, mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado, o por medio de la ratificación, la aceptación, la aprobación, o mediante la adhesión.<sup>110</sup> Sin embargo al recordar las clases de Derecho Internacional Público hay que mencionar que algunos tratados internacionales como pudieran ser las *declaraciones* no tienen efecto vinculante.

A pesar de que no todos los tratados tienen un efecto vinculante el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* prevé el principio *Pacta sunt servanda*, que se traduce como: lo pactado obliga. El artículo antes mencionado establece que *todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*.

El principio del *Pacta sunt servanda* tuvo su origen en el Derecho Internacional en materia contractual, donde se estableció como una regla

---

<sup>110</sup> Cfr. Artículos del 12 al 15 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

sacramental que todo acuerdo de voluntad o tratado que estuviera en vigor, es decir, que fuere obligatorio y válido jurídicamente hablando, obligaba a las partes a su cumplimiento en los términos y condiciones pactadas.<sup>111</sup>

Por su parte el artículo 27 respecto del derecho interno y la observancia de los tratados establece que *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*. Así mismo *un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo*, lo anterior de conformidad con lo que se prevé en el artículo 29 del mismo instrumento haciendo referencia al ámbito de territorialidad de los tratados.

### **2.2.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos**

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la ONU proclamó la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, desde entonces el 10 de diciembre se conmemora el Día Internacional de los Derechos Humanos.

Esta declaración menciona en su preámbulo que se debe considerar que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”

En el artículo primero de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* se menciona que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. De lo anterior debemos entender que los Derechos Humanos se reconocen a todas las personas sin importar sus

---

<sup>111</sup> Jiménez Solares, Elba, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos ¿Derecho uniforme u orden público general?*, editorial flores, segunda edición, México, 2017, Pág. 287.

características específicas, este principio de igualdad hace suponer una universalidad de derechos, misma que anteriormente se ha puesto en duda.

Por su parte el artículo segundo de este mismo instrumento refuerza al anterior en el momento en el que establece lo siguiente:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.<sup>112</sup>

La importancia de este artículo segundo radica en el momento en que menciona que el origen nacional no es un factor que limite el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas, de la misma manera ni la condición política, jurídica o internacional del país o territorio serán un motivo para hacer distinción alguna, por lo que al menos en teoría los migrantes no debieran ser distinguidos por su condición de extranjeros irregulares.

Otro aspecto importante de esta Declaración se encuentra en su artículo octavo en el cual se establece que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Este artículo prevé la garantía de audiencia y el sucesivo derecho de ser escuchado por un tribunal que lo defienda contra actos que violen sus derechos fundamentales.

---

<sup>112</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 2.

Del artículo citado en el párrafo anterior, en relación a los migrantes se puede mencionar que este grupo de personas tendría entonces la posibilidad de presentar algún recurso en contra de actos que violen sus derechos fundamentales así como sus derechos humanos, porque debemos recordar que los derechos humanos son un subconjunto del conjunto total de derechos fundamentales, la pregunta aquí sería: ¿este artículo también contempla la violación o restricción a su derecho de libertad de tránsito?

Llegado el tema del derecho a la libertad de tránsito es importante indicar que la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en su artículo 13 contempla dos aspectos muy importantes, menciona en primer lugar que “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”, y en segundo lugar que “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”.<sup>113</sup>

En relación a la primera parte de este artículo 13 donde se alude al derecho de las personas de circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, sería interesante nuevamente cuestionarse el porqué de la regulación migratoria y las limitantes para entrar a un país, si la movilidad humana es un derecho plenamente reconocido como derecho humano no debiera de estar restringido o limitado a la voluntad de un Estado.

Las características de los derechos humanos nos dicen que estos derechos son inviolables, lo que nos constituye en presencia de una antinomia: ¿Será acaso que tiene que ver con factores de poder? La solución a esta antinomia sería otorgar un amplio respeto al derecho humano de la movilidad y libre circulación y garantizarlo, o en su defecto dejar de considerarlo como un derecho humano.

Se puede fortalecer lo anterior con lo previsto en el artículo 28 del ya multicitado instrumento internacional, el cual nos indica que “toda persona tiene

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, artículo 13.

derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.<sup>114</sup>

El derecho al orden social e internacional con la finalidad de hacer efectivos los derechos y libertades de las personas, es un derecho que fortalece y respalda el derecho a la movilidad humana.

La primera limitante a estos derechos la encontramos en la segunda fracción del artículo 29 el cual nos menciona que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.<sup>115</sup>

Este artículo 29 menciona que los derechos de las personas únicamente se limitarán en razón de asegurar dos aspectos: en primer lugar el respeto de los derechos y libertades de los demás, y en segundo lugar satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Luego entonces sería el Estado quien determine cuáles son esas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática.

Respecto de esta primera limitante es fundamental establecer que “nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”<sup>116</sup> Lo anterior de conformidad con lo que establece el artículo 30 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

---

<sup>114</sup> *Ibídem*, artículo 28.

<sup>115</sup> *Ibídem*, artículo 29.

<sup>116</sup> *Ibídem*, artículo 30.

Lo que significa que a pesar de que sea el Estado quien determine cuáles son las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general de una sociedad democrática, para establecer si una persona está sujeta o no a una limitación respecto de sus derechos, no podrá interpretar lo anterior como una facultad para desarrollar o realizar actividades o actos tendientes a la supresión de los derechos de las personas.

### **2.2.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos**

El día veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, se adoptó, en la ciudad de San José de Costa Rica, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, otro documento valioso para el Derecho mexicano en relación al tema de los derechos humanos.

En el preámbulo de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se establece que los Estados Americanos que conforman la misma reafirman su propósito de consolidar al Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, así mismo prevé lo siguiente:

Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican con protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.<sup>117</sup>

En el artículo primero de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se prevé la obligación de respetar los derechos de las personas el cual a la letra establece lo siguiente:

- I. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno

---

<sup>117</sup> Preámbulo de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

- II. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.<sup>118</sup>

Respecto del Derecho de circulación y de residencia el artículo 22 dispone a lo largo de nueve fracciones las condiciones por las que se regulará este derecho mismo que se enlistan a continuación:

- I. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
- II. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
- III. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
- IV. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede, asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
- V. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo.
- VI. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
- VII. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes

---

<sup>118</sup> Artículo 1 de la Convención americana sobre Derechos Humanos.

conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

- VIII. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
- IX. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.<sup>119</sup>

De estas fracciones se pueden comentar diversas cuestiones, respecto de la fracción primera donde se contempla el derecho a circular y residir por el territorio de un Estado se puede resaltar que se incorpora el término *legalmente*, con lo que se puede vislumbrar que este derecho no está reconocido para las personas con estancia irregular.

En cuanto a la fracción segunda se puede comentar que se reconoce el derecho a salir libremente del territorio de cualquier país, más no de entrar.

Con lo que respecta a la fracción tercera se numeran las condiciones por las que pueden ser limitados los anteriores dos derechos mencionados, de donde únicamente me gustaría puntualizar que en virtud de estas restricciones no se puede afirmar que los derechos humanos sean absolutos, lo mismo ocurre en el caso de la fracción cuarta y sexta.

Por último, en cuanto a la fracción novena donde se contempla la prohibición de expulsiones colectiva de extranjeros, me parecería interesante reflexionarlo en cuanto a las acciones por parte del gobierno de los Estados Unidos de América, debido a que en esta fracción no se contempla la condición de su estancia.

Respecto de las normas de interpretación el artículo 29 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se menciona lo siguiente:

---

<sup>119</sup> Artículo 22 de la Convención americana sobre Derechos Humanos.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y otros actos internacionales de la misma naturaleza.<sup>120</sup>

Este artículo resulta muy interesante en razón de que dispone que la interpretación de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* no deberá limitar, suprimir o excluir los derechos y libertades del hombre, sin embargo en el artículo veintidós esas limitaciones o restricciones ya se ven contempladas de manera expresa en virtud de una ley, por lo que carece de sentido establecer o dar lugar a la interpretación.

Por último el artículo 32 menciona que “toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” y que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.”<sup>121</sup>

Esta limitación de los derechos del hombre corre la misma suerte de lo que se contempla en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* que ya se comentó con anterioridad.

---

<sup>120</sup> Artículo 29 de la Convención americana sobre Derechos Humanos.

<sup>121</sup> Artículo 32 de la Convención americana sobre Derechos Humanos.

#### **2.2.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

El estado mexicano se adhirió al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* el 24 de marzo de 1981, y el Decreto Promulgatorio respecto de esta adhesión se publicó en el Diario Oficial en fecha 20 de mayo de 1981.

Al igual que en el artículo 13 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y el artículo 22 del *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* también contempla el derecho a la libre circulación y de residencia en su artículo 12 el cual establece lo siguiente:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho de entrar en su propio país.<sup>122</sup>

De lo que se prevé en el artículo 12 de este Pacto es importante resaltar ciertos puntos, a pesar de que no varía mucho de lo que se comentó respecto de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

En primer lugar se menciona el derecho a circular libremente y a escoger residencia en el territorio de un Estado únicamente para las personas que cuenten con una estancia legal; en segundo lugar, se contempla el derecho a salir libremente

---

<sup>122</sup> Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

de cualquier país más no el de entrar; en tercer lugar se establecen las causas de restricción de este derecho, y por último, se dice que nadie puede ser privado del derecho de entrar únicamente en el propio país.

Otra cuestión importante que se establece en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en relación al tema de las personas que son consideradas extranjeras en el territorio de un Estado es lo contemplado por el artículo 13 el cual a la letra declara lo siguiente:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.<sup>123</sup>

Del anterior artículo se desprende que las personas a pesar de que cuenten con una estancia regular pueden ser expulsadas del territorio de un Estado del cual no es nacional, y subordina este derecho a la voluntad del Estado en el cumplimiento de una ley, a pesar de la condición migratoria de los extranjeros existen dos derechos de los cuales siempre son excluidos

El primero de los derechos restringidos mencionados en el párrafo anterior es el derecho a la participación política, en razón de que bajo ninguna circunstancia una persona que no es nacional de un Estado podrá inmiscuirse en los asuntos políticos de algún determinado Estado, así mismo no se les reconoce el derecho a no ser expulsados de un Estado, es precisamente este artículo 13 donde se evidencia este último derecho no reconocido.

---

<sup>123</sup> Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho a la movilidad humana no puede ser considerado un derecho humano en razón de que está limitado o restringido, no es universal en virtud de que únicamente se les contempla este derecho a las personas que cuentan con estancia legal o regular.

#### **2.2.1.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Estado mexicano es parte del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* por adhesión del 23 de marzo de 1981, el Decreto Promulgatorio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* resulta de vital importancia en razón del enfoque sistémico desde que se aborda la construcción del Derecho y el estudio de los flujos migratorios, y en virtud de que la solución al problema de la migración no se ha abordado integralmente.

El presente instrumento internacional reconoce con arreglo a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.”<sup>124</sup>

Así mismo en el párrafo tercero del artículo segundo de este Pacto internacional se establece que “los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”

---

<sup>124</sup> Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Por su parte el párrafo segundo del mismo artículo establece que “los Estados Parte en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Los Estados Partes en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en este instrumento internacional.<sup>125</sup>

Como se ha mencionado reiteradamente México es un país de origen y de tránsito en el tema migratorio respecto de las personas que pretenden ingresar a los Estados Unidos, los motivos son casi siempre económicos, puesto que las personas que viajan con el propósito de llegar al país vecino del norte lo hacen con la finalidad de encontrar un trabajo y con ello aumentar su calidad de vida.

En relación al párrafo anterior en el artículo 6 del presente Pacto los Estados Partes “reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”<sup>126</sup>

Aunado a lo anterior el artículo 7 contempla el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren lo siguiente:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
  - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

---

<sup>125</sup> Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>126</sup> *ídem*.

- ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias, conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.<sup>127</sup>

Como ya se mencionó en el primer capítulo la movilidad internacional que realizan los migrantes siempre tiene que ver con condiciones de coacción y con una búsqueda de bienestar que los motiva a dejar sus países de origen, esto al grado inclusive a colocarse en una situación de riesgo cuando realizan esta migración de manera irregular.

El alto flujo migratorio en México como se analizará en el siguiente capítulo, casi siempre tiene que ver con condiciones económicas, con el fin de aumentar su nivel de vida los migrantes salen de sus países de origen buscando mejores oportunidades, al respecto el párrafo primero del artículo 11 contempla lo siguiente:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>128</sup> Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por su parte en el párrafo segundo del mismo artículo los Estados Partes del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, reconocen el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre y adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, medidas y programas que sean necesarios para el aseguramiento de este derecho.<sup>129</sup>

#### **2.2.1.6 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

En diciembre de 2000 se suscribió en Palermo Italia la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, en el prefacio de ésta se menciona que los miembros de la comunidad internacional demostraron la voluntad política de abordar un problema de carácter mundial con una reacción de las mismas dimensiones, así mismo se como ya se había mencionado con anterioridad los miembros de esta convención declararon lo siguiente lo siguiente:

Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.<sup>130</sup>

Los temas sobre los que versa esta convención en materia de delincuencia organizada transnacional son: Extradición, lavado de dinero, decomisos e incautaciones, soberanía, corrupción, procesos y sanciones, asistencia judicial

---

<sup>129</sup> *Ídem.*

<sup>130</sup> Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

recíproca, investigaciones conjuntas, protección de testigos, asistencia y protección a las víctimas, capacitación y asistencia técnica y prevención.

El delito de tráfico de personas tiene en muchas ocasiones carácter transnacional en razón de que es un tipo penal que por sus características pudiese traspasar fronteras, si para la comisión de este delito existe una organización delictiva se configurará también la delincuencia organizada.

El artículo 1 de esta Convención hace referencia a la finalidad de la misma por lo que, al respecto menciona que tiene como propósito el “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.”<sup>131</sup>

Por su parte el artículo 3 hace referencia a su ámbito de aplicación. El primer párrafo establece que a menos de que se contenga una disposición en contrario, la Convención se aplicará en cuanto a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos contemplados en ésta misma y cuando estos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

En el segundo párrafo de este mismo artículo tercero se menciona que un delito será de carácter transnacional siempre y cuando:

Se comete en más de un Estado; Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>132</sup> Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

### **2.2.1.7 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire**

En este instrumento internacional los Estados parte declaran que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire “se requiere un enfoque amplio e internacional, que conlleve la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómica, en los planos nacional, regional e internacional”.<sup>133</sup>

Los Estados parte también consideran fundamental el fortalecer la cooperación internacional en la esfera de la migración así como su desarrollo a fin de abordar las causas fundamentales de la migración, especialmente las que se relacionan con la pobreza, y aumentar al máximo los beneficios que la migración internacional puede reportar a los interesados.

Los Estados manifiestan estar “Convencidos de la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos”<sup>134</sup>, y preocupados por el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y otras actividades delictivas conexas, que causan graves perjuicios a los Estados afectados.

El artículo 2 de este Protocolo declara que el propósito del mismo “es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”.<sup>135</sup> De aquí se puede destacar que la finalidad de este instrumento es combatir el tráfico ilícito de migrantes protegiendo los derechos del migrante.

---

<sup>133</sup> Preámbulo del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

<sup>134</sup> *Ídem*.

<sup>135</sup> Artículo 2 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Para entender de mejor manera algunas cuestiones, este documento internacional proporciona algunas definiciones en su artículo tercero de las cuales algunas de ellas establecen lo siguiente:

- a) Por *tráfico ilícito de migrantes* se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;
- b) Por *entrada ilegal* se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.<sup>136</sup>

Por otra parte el artículo 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire contempla lo referente a la penalización, para tal efecto lo divide en cuatro párrafos, el primero de ellos menciona lo siguiente:

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

- a. El tráfico ilícito de migrantes;
- b. Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:
  - i. La creación de un documento de viaje o de identidad falso;
  - ii. La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento.
- c. La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado,

---

<sup>136</sup> Artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.<sup>137</sup>

En el segundo párrafo del mismo artículo 6 se menciona lo siguiente: Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

- a. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;
- b. La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo; y
- c. La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.<sup>138</sup>

Por lo que respecta al tercer párrafo del mismo artículo 6, el cual también sigue haciendo referencia a la penalización menciona lo siguiente:

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:

---

<sup>137</sup> Artículo 6, primer párrafo del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

<sup>138</sup> Artículo 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

- a. Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o
- b. Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.<sup>139</sup>

Por último el párrafo cuarto menciona que “Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno”.<sup>140</sup>

A lo largo de estos cuatro párrafos se prevé la necesidad de que todos los Estados parte adopten medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito ciertas conductas, el primer párrafo hace referencia a que esas conductas sean cometidas con el ánimo de obtener un beneficio, el segundo párrafo contempla la tentativa, la complicidad y la organización o dirección de las personas respecto de las conductas mencionadas en el párrafo primero.

El tercer párrafo menciona que los Estados parte tomarán medidas para que sea considerada una circunstancia *agravante* las conductas que pongan en peligro la vida o seguridad de los migrantes o que den lugar a un trato inhumano o degradante respecto de estas personas. El cuarto párrafo menciona que el presente protocolo no impedirá las medidas en contra de las personas de las cuáles su conducta constituya un delito en el derecho interno de los Estados parte.

De este artículo sexto es importante resaltar dos cuestiones: se establece que el Estado debe tomar medidas para considerar como delito el tráfico ilícito de migrantes, y se establece que debe tomar medidas para considerar como *agravante* las conductas que pongan en peligro la vida o seguridad de los migrantes o que den lugar a un trato inhumano o degradante.

---

<sup>139</sup> *ídem.*

<sup>140</sup> *ídem*

Al continuar con el estudio del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y una vez que se mencionó que los estados deben tomar diversas medidas en relación al tráfico de personas es importante hablar de las medidas fronterizas las cuales se contemplan en el artículo 11 de este instrumento internacional el cual establece lo siguiente.

1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes.
2. Cada Estado parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión del delito tipificado con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 del presente Protocolo.
3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor.
4. Cada Estado parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.
5. Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada

o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.<sup>141</sup>

De este artículo 11 es importante mencionar la limitación a la libertad de tránsito porque si bien es cierto que los controles fronterizos se realizaran con el objetivo de prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes, también lo es que estos controles están limitando el derecho a la libertad de tránsito.

### **2.2.2 El delito de Tráfico de personas en la legislación Mexicana**

El delito de Tráfico de personas en México es un delito especial, lo anterior debido a que no se encuentra regulado en un código penal sino que está previsto en Ley de Migración.

Considerando lo mencionado en el párrafo anterior es importante mencionar que en México el derecho penal en razón a su ámbito de competencia se divide en tres: fuero común, fuero federal y fuero militar, esta división se realiza en razón a la jurisdicción, la cual consiste en la potestad para juzgar y aplicar las leyes, en esta materia el fuero es sinónimo de competencia.

Son delitos del fuero común los que se encuentren regulados en los códigos penales locales de cada Estado que conforma la República Mexicana; son delitos del fuero federal los que se encuentran previstos en el Código Penal Federal; son delitos del fuero militar los que se encuentren contemplados en el Código de Justicia

---

<sup>141</sup> Artículo 11 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Militar y son delitos considerados especiales los que esta previstos en leyes no generales sino leyes denominadas también especiales.

Los delitos del fuero común son los que afectan directamente a las personas en lo individual, los delitos del fuero federal son aquellos que atentan contra el bienestar de la nación y son delitos del fuero militar los contemplados por la justicia castrense.

Los delitos del fuero común serán perseguidos por las fiscalías o procuradurías locales, los delitos del fuero federal serán investigados por la Procuraduría General de la República, y serán los tribunales militares quienes tendrán competencia para conocer de los delitos del fuero militar.

El artículo 6 del Código Penal Federal dispone que “cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.”

En relación a este tema el artículo 7 del Código Penal Federal establece que un delito es: “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.<sup>142</sup> La persecución del delito de Tráfico de Personas compete tanto al fuero federal como al fuero común, tanto las fiscalías o procuradurías locales como la Procuraduría General de la Republica podrán investigar este delito.

El delito de Tráfico de Personas ha observado diversas modificaciones en los últimos años en virtud del auge de los Derechos Humanos y la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal, tales como el tratamiento al migrante y la clasificación del propio delito.

---

<sup>142</sup> Artículo 7 del Código Penal Federal.

### **2.2.2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

La constitución es la ley fundamental de un Estado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

El artículo primero de la Constitución mexicana en relación al tema de los derechos humanos establece lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

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

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil

o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.<sup>143</sup>

Este artículo primero resulta de vital importancia en el tema de los derechos del migrante, el primer párrafo establece el reconocimiento de los derechos humanos contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales, así como las garantías respecto de estos derechos sin la posibilidad de ser restringidos o suspendidos salvo en los casos que la misma constitución establece.

En el segundo párrafo se contempla el principio *pro persona* el cual establece que la interpretación de los derechos humanos consiste que en todo momento deberá prevalecer la protección más amplia a las personas: “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

En cuanto al derecho a migrar se puede vislumbrar que la protección más amplia es la que se contiene en el texto constitucional, en virtud de que el artículo 11 menciona lo siguiente:

Toda persona 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, 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 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. Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el

---

<sup>143</sup> Artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones.<sup>144</sup>

Este artículo prevé el derecho a entrar, salir, viajar y mudar de residencia por el territorio de la República mexicana para todas las personas, sin contemplar ninguna condición como la nacionalidad, es importante mencionar que el legislador subordina este derecho a las facultades de las autoridades administrativas en cuanto a las limitaciones en materia de migración, con lo que se entiende que no se niega este derecho aunque si se establecen condicionamientos en cuanto a su ejercicio.

El derecho de todas las personas para entrar a México es un derecho limitado, pero es un derecho contemplado constitucionalmente, negar este derecho sería dejar sin sentido un derecho humano reconocido sin distinción alguna a toda persona en la Constitución.<sup>145</sup>

Este derecho humano no hace distinción alguna en razón a la nacionalidad, al respecto es importante establecer que el artículo 30 de la de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, menciona que la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización y en relación a lo anterior establece lo siguiente:

Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

---

<sup>144</sup> Artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>145</sup> Castilla Juárez, Karlos, *Óp. Cit.* Pág., Pág. 31.

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.

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.

Como ya se mencionó anteriormente, en México la mayoría de los migrantes son de origen y en tránsito, con la finalidad de llegar a los Estados Unidos, tanto nacionales como extranjeros.

El artículo 11 Constitucional establece expresamente que el Estado no puede decidir quién entra y quién no entra a México, pues ese derecho lo tiene reconocido todas las personas, nacionales y extranjeros. Lo único que el Estado puede hacer es fijar las formas en que ello se hará, pero nunca al grado de impedir o hacer imposible que dicho derecho se ejerza, pues de ocurrir eso se estaría violando evidentemente un derecho humano.<sup>146</sup>

El derecho humano que se menciona en el párrafo anterior es el derecho a la movilidad, mismo que está reconocido como se ha mencionado reiteradamente, tanto en la Constitución como en diversos instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

Respecto de lo anterior es importante resaltar lo que se establece en el artículo 133 de la carta magna, mismo que a la letra dice:

---

<sup>146</sup> Castilla Juárez, Karlos, *Óp. Cit.* Pág. 32.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.<sup>147</sup>

#### **2.2.2.2 Ley de Migración**

En México el delito de Tráfico de Personas se encuentra previsto y sancionado en el artículo 159 de la Ley de migración, el cual a la letra dice lo siguiente:

Se impondrá pena de ocho a dieciséis años de prisión y multa de cinco mil a quince mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a quien:

- I. Con propósito de tráfico lleve a una o más personas a internarse en otro país sin la documentación correspondiente, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro;
- II. Introduzca, sin la documentación correspondiente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, o
- III. Albergue o transporte por el territorio nacional, con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria.

Para efectos de la actualización del delito previsto en este artículo, será necesario que quede demostrada la intención del sujeto activo de obtener un beneficio económico en dinero o en especie, cierto, actual o inminente.

No se impondrá pena a las personas de reconocida solvencia moral, que por razones estrictamente humanitarias y sin buscar beneficio alguno, presten

---

<sup>147</sup> Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ayuda a la persona que se ha internado en el país de manera irregular, aun cuando reciban donativos o recursos para la continuación de su labor humanitaria.<sup>148</sup>

Respecto de este delito es importante recordar lo que se mencionó al inicio de este capítulo, el traficante es el sujeto activo del delito y para que éste se pueda materializar, esta persona debe buscar siempre un beneficio económico, si alguna persona ayuda a un migrante por cuestiones de humanidad no se actualiza el delito de tráfico de personas.

El migrante es el sujeto pasivo del delito, esta persona es considerada una víctima en razón a su vulnerabilidad, anteriormente el migrante en el delito de tráfico de personas era considerado un codetenido pues se pensaba que si bien es cierto que estas personas se encuentran en una situación de riesgo, también lo es que es una situación en la que ellas mismas se colocaron.

Respecto del fenómeno migratorio en México es importante establecer ciertos conceptos, mismos que se encuentran contemplados en el artículo 3 de la Ley de Migración, el cual en relación a lo anterior menciona lo siguiente:

Para efectos de la presente Ley se entenderá por:

X. Estación Migratoria: a la instalación física que establece el Instituto para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria;

XI. Extranjero: a la persona que no padece la calidad de mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Constitución;

XVII. Migrante: al individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación.

---

<sup>148</sup> Artículo 159 de la Ley de migración.

XXVIII. Situación migratoria: a la hipótesis en la que se ubica un extranjero en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país.<sup>149</sup>

De la misma manera es importante establecer que “el Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.”<sup>150</sup>

De este artículo es importante resaltar que con independencia de la situación migratoria de las personas el Estado garantizará sus derechos, sin embargo en el siguiente artículo en relación a la libertad de tránsito se menciona lo siguiente:

La libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.

El libre tránsito es un derecho de toda persona y es deber de cualquier autoridad promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidos en la presente Ley.<sup>151</sup>

Es decir, en México se reconocen derechos y libertades a los extranjeros los cuales el Estado se compromete a garantizar, pero en relación a la libertad de tránsito y el derecho a la movilidad humana se prevén ciertas limitaciones, también es importante mencionar que las autoridades no podrán requerir a los extranjeros

---

<sup>149</sup> Artículo 3 de la Ley de migración.

<sup>150</sup> Artículo 6 de la Ley de migración.

<sup>151</sup> Artículo 7 de la Ley de migración.

que comprueben su nacionalidad, ni su situación migratoria en el territorio nacional, salvo en los casos previstos por la Ley.

Una de las facultades de la Secretaría de Gobernación en materia migratoria y en relación a este tema se encuentra prevista en la fracción IV del artículo 18 de la Ley de Migración, donde se menciona que esta autoridad podrá: “suspender o prohibir el ingreso de extranjeros, en términos de la presente Ley y su Reglamento.”

Las personas que viajan de manera irregular están mayormente expuestas a un daño o perjuicio porque ante la falta de documentos temen denunciar, luego entonces, su situación de vulnerabilidad aumenta porque los migrantes temen a las represalias, desconfían en el sistema de procuración y administración de justicia, lo que provoca impunidad, lo anterior a pesar de que la misma ley les reconozca el derecho a la impartición de justicia.

En cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de derechos humanos, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y demás leyes aplicables.<sup>152</sup>

En resumen, el delito de tráfico de personas declara una protección al migrante quien es considerado una víctima por su condición de vulnerabilidad, para que se materialice el delito de tráfico de personas el sujeto activo debe de tener un ánimo de lucro, en el caso de que alguna persona ayuda a otra con estancia irregular en el país por razones de humanidad no se considera que se materialice el delito de tráfico de personas.

---

<sup>152</sup> Artículo 11 de la Ley de migración.

### **2.2.2.3 Código Nacional de Procedimientos Penales**

La fracción XIII del Artículo 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales, también contempla el derecho de la víctima u ofendido de un delito a recibir asistencia migratoria cuando tenga otra nacionalidad.

Un aspecto importante que hay que comentar respecto del delito de tráfico de personas contemplado en el artículo 159 de la Ley de Migración es que anteriormente este delito era denominado tráfico de indocumentados y estaba contemplado en el artículo 138 de Ley General de Población, pero al entrar en vigor la Ley de Migración se cambió su ubicación.

Además del cambio de denominación y de que anteriormente el migrante era considerado un codetenido, este delito también sufre una alteración en cuanto su clasificación, lo anterior debido a que en el pasado el tráfico de personas era considerado un delito grave, pero con la reforma del 2008 en donde se implementa el nuevo sistema de justicia penal el legislador considero que debía de dejar de serlo.

En el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, ley antecesora del Código Nacional de Procedimientos Penales se contemplaba un catálogo de delitos graves, la fracción V del artículo mencionado establecía lo siguiente:

Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar, de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.<sup>153</sup>

Al ser considerado un delito grave, este delito establecía prisión preventiva de manera oficiosa para el traficante, sujeto activo del delito. Actualmente Artículo

---

<sup>153</sup> Artículo 194, fracción V del Código Federal de Procedimientos Penales

150 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que son calificados como graves los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa.

Por su parte el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece las causas de procedencia de la prisión preventiva oficiosa, este artículo menciona que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio.

Así mismo establece un listado de delitos que se consideran son delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, sin que en este listado figure el delito de tráfico de personas.

#### **2.2.2.4 Ley General de Población**

La Ley General de Población fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974. Como ya se mencionó anteriormente el delito de tráfico de personas se encontraba regulado en el artículo 138 de esta ley, su denominación era diferente pues era llamado tráfico de indocumentados.

En virtud del decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 25 de mayo de 2011 se expide la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Población, quedando contemplado el delito de tráfico de personas en el artículo 159 de la Ley de Migración.

Una de los aportes aún vigentes de la Ley de Población es la definición jurídica que contempla el artículo 77 el cual menciona que “se considera emigrante al mexicano o extranjero que se desplace desde México con la intención de cambiar de residencia o país”.<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> Artículo 77 de la Ley General de Población.

### **2.2.2.5 Ley de Nacionalidad**

La Ley de Nacionalidad fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1998, en esta ley se logra apreciar el concepto jurídico extranjero contemplado en la fracción IV del artículo 2 donde se menciona que es extranjero “aquel que no tiene la nacionalidad mexicana”.<sup>155</sup>

Esta definición es muy clara puesto que anteriormente ya se mencionó que en el artículo 30 de la Constitucional enumera quienes son considerados mexicanos, luego entonces todos aquellos que no sean mexicanos ya sea por nacimiento o por naturalización, serán extranjeros.

De igual forma el artículo 3 de esta ley establece cuales son los documentos probatorios de la nacionalidad mexicana, mismos que se enumeran a continuación:

- I. El acta de nacimiento expedida conforme a lo establecido en las disposiciones aplicables;
- II. El certificado de nacionalidad mexicana, el cual se expedirá a petición de parte, exclusivamente para los efectos de los artículos 16 y 17 de esta Ley;
- III. La carta de naturalización;
- IV. El pasaporte;
- V. La cédula de identidad ciudadana; y
- VI. La matrícula consular que cuente con los siguientes elementos de seguridad:
  - a) Fotografía digitalizada;
  - b) Banda magnética, e
  - c) Identificación holográfica.
- VII. A falta de los documentos probatorios mencionados en las fracciones anteriores, se podrá acreditar la nacionalidad mediante cualquier elemento que, de conformidad con la ley, lleve a la autoridad a la convicción de que se cumplieron los supuestos de atribución de la nacionalidad mexicana.

---

<sup>155</sup> Artículo 2 de la Ley de Nacionalidad.

### **2.2.2.6 Ley General de Víctimas**

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013, es una ley de orden público, de interés social y observancia en todo el territorio nacional. El objeto de esta Ley de conformidad con el artículo 2 de la misma, es entre otros lo siguiente:

- I. Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los Tratados Internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es Parte y demás instrumentos de derechos humanos;
- II. Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas; así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y lograr la reparación integral.

La importancia de esta Ley en relación al tema de investigación radica en que el migrante es considerada una víctima, el artículo 4 de este ordenamiento menciona que “Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.”

Así mismo este mismo artículo menciona que la calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de sus derechos, “son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.”

Es importante resaltar que esta Ley considera que los migrantes pertenecen a un grupo en condiciones de vulnerabilidad expuestos a un mayor riesgo de violación de sus derechos.<sup>156</sup>

### **2.3 Los Derechos Humanos frente al delito de Tráfico de Personas**

El derecho a migrar es un derecho humano plenamente reconocido, contemplado en diversos instrumentos internacionales, si este derecho fuese un derecho dotado de garantías, el delito de tráfico de personas no tendría razón de ser en el sistema jurídico mexicano, son las limitaciones a este derecho por parte del Estado las que dan pie a la tipificación de este delito.

Sin embargo las limitaciones mencionadas en el párrafo anterior son limitaciones legítimas, de igual forma previstas en diversos ordenamientos legales, sino existieran estas limitaciones se pondría el riesgo la seguridad nacional a criterio del legislador.

Las limitaciones al derecho humano de migrar siempre son en razón de la seguridad o el orden público, la salud o la moral pública, el respeto a los derechos y libertades de terceros, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, dejando en manos de cada Estado el decidir quién entra y quién no, en su territorio.

Si el derecho humano de transitar libremente y elegir residencia en el territorio de un Estado fuese un derecho humano plenamente reconocido, sin restricciones o limitaciones de ningún tipo y dotado de garantías, este derecho implicaría la prohibición a cada Estado de impedir la emigración, así como la prohibición a todos los Estados de impedir la inmigración.

Como ya se mencionó anteriormente, Ferrajoli considera que un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho ¿Qué sentido tienen los derechos que

---

<sup>156</sup> Artículo 28 de la Ley General de Víctimas.

no se pueden garantizar? O en su caso, que estén limitados o restringidos a la voluntad de un Estado.

El bien jurídico tutelado del delito de tráfico de personas es la seguridad de los nacionales o extranjeros que pretendan ingresar a otro país sin la documentación correspondiente, o al menos eso es lo que dice el discurso jurídico, pero sería necesario estudiar la ideología del poder con la que se tipifica este delito.

Por esta razón es de cuestionarse nuevamente: ¿el delito de tráfico de personas pretende realmente proteger al migrante?

Los organismos internacionales creados para vigilar el cumplimiento de los Derechos Humanos son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia, en el ámbito nacional la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a pesar de no tener carácter vinculante, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En el caso del delito de tráfico de personas es la Procuraduría General de la República y las fiscalías y procuradurías locales son las encargadas de la persecución de estos delitos, y en materia de migración en México es el Instituto Nacional de Migración es la autoridad encargada de ver todo aquello relacionado con los flujos migratorios.

## CAPITULO III

### EL FENÓMENO MIGRATORIO EN LA ACTUALIDAD

#### 3.1 Movilidad humana

Si bien es cierto que movilidad humana no puede entenderse como sinónimo de migración, también lo es que “ninguno de los conceptos, movilidad y migración, puede ser entendido sin el otro, ya que la complejidad, el contexto y las consecuencias de los movimientos humanos se transforman, adquiriendo nuevas características que obligan a su análisis desde diferentes perspectivas y horizontes, por lo que resulta esencial la creación de diversos instrumentos que capten las dimensiones del fenómeno, sus continuidades y transformaciones”.<sup>157</sup>

El dinamismo de los movimientos humanos ha planteado la necesidad de hablar de la movilidad de la población como el gran abanico que incluye no sólo a la migración, sino a los desplazamientos de corta o larga duración que no implican un cambio de residencia. Aun cuando la migración internacional surge con la construcción de los Estados-Nación, lo cierto es que la movilidad de población existía anteriormente, sin ser un tema de referencia.<sup>158</sup>

Sea cual sea el término que se utilice para hacer referencia al movimiento que realizan las personas, carece de sentido profundizar en la distinción que existe entre estos dos conceptos, la cual solo es a nivel conceptual, esto nos alejaría del objeto de estudio del presente trabajo de investigación, toda vez que materialmente las personas casi en su mayoría entienden ambos conceptos sin distinción alguna e incluso para el delito de tráfico de personas y los derechos humanos no existe una diferencia sustancial.

---

<sup>157</sup> Prontuario sobre movilidad y migración internacional. Dimensiones del fenómeno en México, elaborado por la Unidad de Política Migratoria y el Consejo Nacional de Población, ambos de la Secretaría de Gobernación, disponible en internet en la página [http://www.politicamigratoria.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Prontuario](http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Prontuario), consultada el día 05 de marzo de 2018 a las 10:41.

<sup>158</sup> *Ídem.*

La migración es un tema que se puede estudiar desde muchas ópticas, principalmente existen dos posturas, una en pro del migrante que atiende a cuestiones de igualdad y derechos humanos; y otra en contra de estas personas adoptada por los defensores de un sistema que encuentra su justificación en temas de seguridad nacional y bienestar común.

Las posturas que se comentan en el párrafo anterior evidentemente son posturas contrapuestas y no solo están peleadas, sino que también parecen irreconciliables.

Anteriormente se hizo referencia a la movilidad humana y se comentó que paradójicamente ha sido el derecho internacional de los derechos humanos, donde se introduce el derecho a migrar, pero ahí mismo es donde se limita siempre este derecho a la voluntad de un Estado. Los gobiernos deciden quien entra y quién no en su territorio, se precisó también que la migración es un fenómeno universal en razón de que se ha observado en todo el mundo y a lo largo de todos los tiempos.

Para efectos del presente trabajo se aborda únicamente la migración internacional, en específico el tránsito de migrantes por el territorio nacional y la configuración del delito de tráfico de personas en México, así como los derechos humanos en relación al movimiento transnacional que realizan estas personas.

En razón de lo que se comenta en el párrafo anterior es importante precisar que la movilidad humana en el ámbito internacional puede realizarse de manera regular e irregular, esto va a depender del estatus migratorio de las personas, es decir, la situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna de un Estado.<sup>159</sup>

La migración regular es aquella que se realiza cumpliendo con todos los requisitos administrativos que solicita un país para ingresar en su territorio, el cual está delimitado por sus fronteras, estos requisitos dependerán de las políticas

---

<sup>159</sup> CIDH, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2 pág. 4.

migratorias de cada Estado y estas a su vez de la relación de un Estado con los demás.

Las políticas migratorias entre Estados guardan un vínculo muy estrecho con la nacionalidad de las personas, el diccionario de la Real Academia Española define a la nacionalidad precisamente como el “vínculo jurídico de una persona con un Estado, que le atribuye la condición de ciudadano de ese Estado en función del lugar en que ha nacido, de la nacionalidad de sus padres o del hecho de habersele concedido la naturalización”.<sup>160</sup>

En México los documentos probatorios de la nacionalidad se encuentran enumerados en la Ley de Nacionalidad, mismos que ya fueron establecidos en el segundo capítulo del presente trabajo. En razón de que la nacionalidad concede a su vez el título de ciudadano, es importante mencionar que adicionalmente los requisitos para tener esta calidad es haber cumplido 18 años, y tener un modo honesto de vivir.<sup>161</sup>

De conformidad con *The Henley & Partners Visa Restrictions Index 2017*, los poseedores de un pasaporte mexicano pueden visitar 142 países sin necesidad de visa, haciéndolo el vigésimo sexto pasaporte con mayores ventajas en el mundo.<sup>162</sup>

Para efecto del presente trabajo de investigación y en específico haciendo referencia a la migración regular, y el flujo migratorio dentro del territorio nacional, no es importante conocer a que países puede viajar un ciudadano mexicano sin necesidad de una visa, sino cuales son los países y regiones que requieren visa para ingresar a México, porque derivado de estas políticas migratorias se establecen los requisitos administrativos necesarios para internarse en el país de manera regular.

---

<sup>160</sup> Diccionario de la Real academia española, disponible en <http://dle.rae.es/> , consultado el día 06/03/2018 a las 02: 39.

<sup>161</sup> Artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>162</sup> Información disponible en internet en la dirección electrónica: [https://henleyglobal.com/files/download/hvri/HP\\_Visa\\_Restrictions\\_Index\\_170301.pdf](https://henleyglobal.com/files/download/hvri/HP_Visa_Restrictions_Index_170301.pdf), consultado el día 09/03/2018 a las 17:36.

A continuación se presenta una tabla elaborada con base en información obtenida del Instituto Nacional de Migración<sup>163</sup> en la que se enlistan los 132 países y regiones que requieren visa para ingresar al territorio nacional, dentro de la cual figuran los siguientes:

Afganistán	Antigua y Barbuda	Armenia	Albania	Arabia Saudita
Azerbaiyán	Angola	Argelia	Bahrein	Bolivia
Burkina Faso	Bangladesh	Bosnia-Herzegovina	Burundi	Belarús
Botswana	Bután	Brunei Darusalam	Benin	Cabo Verde
China	Corea del Norte	Camboya	Comoras	Camerún
Congo	Costa de Marfil	Cuba	Chad	Congo, Rep. Dem. (Zaire)
Djibuti	Dominica	Dominicana República	Ecuador	Emiratos Árabes Unidos
Egipto	Eritrea	El Salvador	Etiopía	Federación Rusa
Fiji Islas	Filipinas	Grenada	Gabón	Guinea Ecuatorial
Gambia	Guatemala	Guyana	Georgia	Guinea
Ghana	Guinea Bissau	Haití	Honduras	India
Irán	Indonesia	Irak	Jordania	Kazajistán
Kiribati	Kenia	Kuwait	Kirguistán	Laos
Liberia	Lesotho	Libia	Líbano	Macedonia
Marruecos	Mongolia	Madagascar	Mauricio	Montenegro
Malawi	Mauritania	Mozambique	Maldivas	Myanmar
Mali	Moldova	Nauru	Niger	Nepal
Namibia	Nicaragua	Nigeria	Omán	Pakistán
Palestina	Papua Nueva Guinea	Qatar	Ruanda	República Centroafricana
Salomon Islas	República Árabe Saharaui Democrática	Santo Tome y Príncipe	Somalia	Samoa Occidental
Senegal	Sri Lanka	San Cristóbal y Nieves	Serbia	Sudáfrica

<sup>163</sup> Información disponible en internet en <http://www.inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/paises-requieren-visa-para-mexico/>, consultado el día 09/03/2018 a las 18:56.

San Vicente y Las Granadinas	Seychelles Islas	Sudán	Santa Lucía	Sierra Leona
Surinam	Santa Sede	Swazilandia	Siria	Tailandia
Timor Oriental	Turkmenistán	Taiwán	Togo	Turquía
Tanzania	Tonga	Tuvalu	Tayikistán	Túnez
Ucrania	Uganda	Uzbekistán	Vanuatu	Vietnam
Yemen	Zambia	Zimbawe		

Fuente: cuadro elaborado por el autor con base en información obtenida por el INM.

En esta tabla se pueden apreciar todos aquellos países que por cuestiones políticas, económicas o de otra índole cuentan con una mayor restricción para que sus ciudadanos puedan internarse en México, se puede interpretar que existe algún aspecto que hace que su ingreso cuente con obstáculos de mayor proporción, lo cual también de manera indirecta nos habla de la relación del Estado mexicano con estos otros Estados que figuran en la lista.

Lo mencionado en el párrafo anterior es otro de los motivos por el cual se aborda esta investigación desde la perspectiva de la teoría de sistemas sociales, ya que es visible la interacción del sistema jurídico, con otros tales como el político, el económico y demás sistemas sociales.

No es casualidad que dentro de esta lista figuren los países de Honduras, Guatemala, El Salvador, India, Cuba y Haití, los cuales fueron sombreados dentro de la tabla por una cuestión que se desarrollara más adelante, pero se anticipa que son países cuyos ciudadanos conforman mayormente la población de personas detenidas dentro del territorio nacional por contar con una estancia irregular.

A *contrario sensu* la migración irregular es aquella que se realiza sin cubrir los requisitos administrativos para internarse en un país, es decir, se realiza un flujo migratorio irregular cuando una persona ingresa de manera indebida pasando por alto las revisiones migratorias de cada Estado o dicho de otra forma se evaden estas revisiones.

Como se evidenció anteriormente el poseer un pasaporte que te acredite como ciudadano de un Estado puede jugar a favor o en contra de las personas, es

notoria la desigualdad que existe entre un ciudadano de Alemania o de los Estados Unidos por ejemplo, en comparación con un ciudadano de Honduras o Guatemala.

Si la ciudadanía es el vínculo entre un Estado y sus ciudadanos, y observamos que los principales flujos migratorios se realizan hacia países considerados primermundistas, tenemos que entender que existen países preponderantes pero tristemente con ello tendríamos que entender que existen *personas preponderantes, ciudadanos de primer mundo y ciudadanos en vías de desarrollo*. El silogismo anterior se puede resumir en la siguiente frase:

Existen personas más protegidas que otras en razón a su ciudadanía.

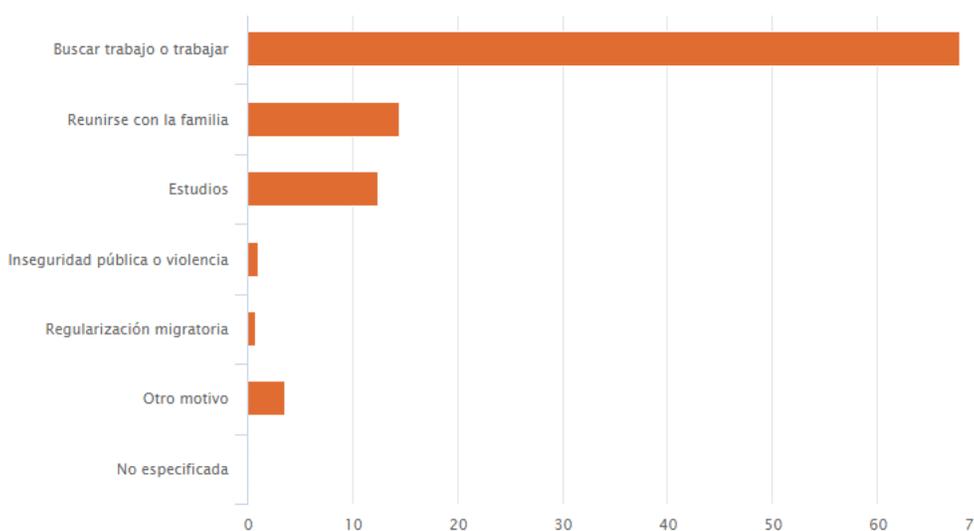
Es importante resaltar el contenido del artículo 67 de la Ley de Migración en México, el cual establece que todos los migrantes en situación irregular tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna y con el debido respeto a sus derechos humanos.

Una vez que se precisó la distinción entre movilidad humana regular e irregular, a continuación se abordará el enfoque tanto social como penal y administrativo de la migración irregular en México, en relación al flujo migratorio dentro del país, el delito de tráfico de personas y los derechos humanos del migrante.

### **3.1.1 El aspecto social de la migración en México.**

A pesar de que son muchas las causas por las cuales las personas migran a lo largo del mundo, en el caso del flujo migratorio en México hacia los Estados Unidos casi siempre tiene que ver con cuestiones económicas como se estableció en el primer capítulo. Resulta sumamente atractivo para para los mexicanos y centro americanos llegar al país vecino del norte y encontrar un trabajo con el propósito de aumentar su calidad de vida.

Según datos del instituto Nacional de Estadística y Geografía<sup>164</sup> el 67.8% de los mexicanos que migran, lo hacen por cuestiones laborales, el 14.4% migra para reunirse con su familia (quizá los cuales también migraron por trabajo o por otra de las causas aquí previstas), el 12.4% lo hace por estudios, solo el 1% lo hace por inseguridad o violencia, el 0.8% migra por motivos de regularización migratoria y el 3.5 tiene algún otro motivo, la información antes mencionada se aprecia en la siguiente gráfica:



Fuente: INEGI Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica 2014

El 84 por ciento de los migrantes detenidos por autoridades mexicanas son personas en tránsito por México con la intención de dirigirse a los Estados Unidos, de estos el 44 por ciento fueron detenidos en los Estados de la frontera sur de México, y el resto fue arrestado en diversos Estados del interior, especialmente en la región de la frontera norte de este país.<sup>165</sup>

<sup>164</sup> Información disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/migracion/>, consultada el día 17 de abril de 2018 a las 10:41.

<sup>165</sup> Canales, Alejandro I. et al., *Vidas vulnerables. Migración, derechos humanos y políticas públicas en cinco zonas fronterizas de América Latina*, México, Porrúa, 2013, Pág. 73.

Las personas migran hacia los Estados Unidos siempre persiguiendo su propio bienestar o el de su familia, los migrantes dejan atrás muchas veces su cultura o parte de la identidad con la que crecieron, lo anterior en aras de alcanzar todos aquellos aspectos que incluyen la dignidad humana.

Por esta razón, es oportuno establecer nuevamente que el primer factor que victimiza a los migrantes es que el Estado de origen de estas personas y la sociedad donde nacieron y crecieron, no logró garantizarles la totalidad de sus derechos, orillándolos de manera indirecta a realizar estos movimientos internacionales en busca de condiciones más favorables.

Una vez que estas personas salieron de sus países de origen y transitan de manera irregular por el territorio mexicano, se enfrentan a diversas situaciones de riesgo, no solo el de ser detenidos por autoridades migratorias sino también los peligros a los que se enfrentan durante su viaje con el objetivo de no ser localizados por migración y por ende ser devueltos a sus países, no sin antes pasar por el tedioso trámite administrativo correspondiente.

Los migrantes que buscan llegar a Estados Unidos a lo largo de su aventura se enfrentan a diversos peligros como por ejemplo secuestros, robos, asesinatos, accidentes y abusos sexuales por parte del crimen organizado, muchas veces por la calidad de su estancia temen denunciar, cuestión en la que se profundiza en el último apartado de este capítulo.

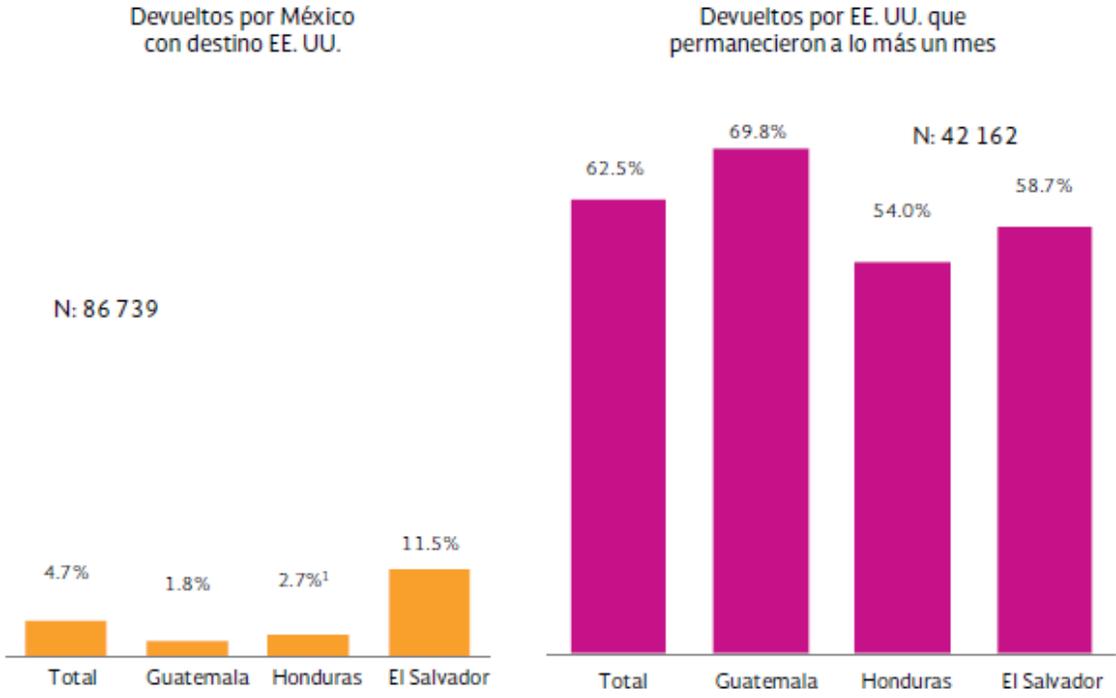
A pesar de los riesgos que abundan en el viaje hacia el norte, estas personas exponen su vida en busca del llamado *sueño americano*, convirtiéndolos entonces en un grupo extremadamente vulnerable.

Quizá uno de los problemas más comunes a los que se enfrentan las personas que pretenden ingresar a los Estados Unidos sin la documentación correspondiente es el abandono por parte de los traficantes, también llamados *coyotes* o *polleros*, quienes los exponen a situaciones de alto riesgo, como el hecho de morir por asfixia dentro de la caja de un tráiler, dejarlos a su suerte frente a

peligros mortales como las inclemencias meteorológicas de la desértica frontera o morir ahogados en el Río Bravo.

El 4.7% de migrantes devueltos por el gobierno mexicano, cuyo destino eran los Estados Unidos, declararon haber utilizado el servicio de los denominados polleros; por su parte el 62.5% de migrantes devueltos por el gobierno norteamericano, declaro haber utilizado el servicio de estas personas, esta información se expresa en la siguiente gráfica:

**Gráfica 7.8. Flujo migratorio devuelto por México y EE. UU. que utilizó “ayuda” (pollero) para transitar por México, según país de origen, 2015**



Fuente: Prontuario sobre movilidad y migración internacional.

Esta información hace suponer que los centroamericanos en su mayoría pagan a los traficantes no para cruzar la frontera sur de México, sino para cruzar la frontera norte de este país, ya en conjunto con los mexicanos que también pretenden llegar a los Estados Unidos.

Los migrantes en muchas ocasiones pagan cantidades exorbitantes de dinero a los traficantes, estos les ayudan a trasladarse por el territorio nacional, a

evadir las revisiones migratorias o a internarse a los Estados Unidos de América, este mercado negro genera ganancias muy lucrativas para ellos.

Es importante hacer énfasis en que también muchos mexicanos migran hacia los Estados Unidos, es decir, México no solo es un país de tránsito sino también un país de origen en relación a las personas que tienen como destino llegar a los Estados Unidos.

Los nuevos Estados se basan en una delimitación estricta de las fronteras territoriales, pocos grupos nómadas pueden moverse a través de las fronteras cada vez menos porosas.<sup>166</sup> Las fronteras son los límites que dividen dos Estados y al igual que las autoridades, estas juegan un papel muy importante en este juego migratorio.

Nuevamente es importante retomar el enfoque sistémico de la investigación en razón de que se aprecia claramente que las políticas migratorias de los Estados Unidos derivan de un modelo económico proteccionista, es decir, un tema económico tiene consecuencias políticas y jurídicas evidenciando nuevamente las relaciones de poder.

Arturo Huerta González, profesor de tiempo completo de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Economía de la UNAM, considera en su texto *El Impacto de la política proteccionista de Estados Unidos en la economía mexicana*,<sup>167</sup> que la economía mexicana saldrá seriamente afectada, dada su gran dependencia de la economía de Estados Unidos, esto en razón de la política económica proteccionista del gobierno del país vecino del norte.

---

<sup>166</sup> John, A. hall, *Estado y Nación*, Madrid, trad. de José María Portillo, Madrid, Cambridge University Press, 2000, pag. 9.

<sup>167</sup> Información disponible en internet en la página electrónica: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/S1665952X17300361\_S300\_es.pdf, consultado el día 12/03/2018 a las 13:42.

Es evidente que el sistema económico no está diseñado para proteger al migrante, sino para proteger sus propios intereses, por tal motivo la migración es uno de los grandes retos de la humanidad.

Donald Trump, el candidato republicano y actual presidente de los Estados Unidos de América quien ganó las elecciones del 2016, comenzó su mandato el día viernes 20 de enero del 2017, y desde inicios de su campaña política dio muestra de que México no es su país predilecto con el cual desea hacer negocios, sino todo lo contrario.

Una de sus promesas de campaña fue precisamente levantar un muro a lo largo de la frontera de México con Estados Unidos, esto evidencia su poca empatía para con los migrantes centroamericanos puesto que la intención es crear un límite al tránsito de personas y con ello disminuir la inmigración irregular que ingresa a los Estados Unidos.

Los muros no son algo novedoso, existen diversos antecedentes en todo el mundo de edificaciones de barreras físicas, ejemplo de ello, la famosa muralla china, el muro de Berlín en Alemania que cayera en 1989, la propia ciudad amurallada en Cartagena de Indias, Colombia; las barreras en la ciudad de Jerusalén de 1535, e incluso en México ya se cuenta con un antecedente de un muro mismo que se localizó en Veracruz por el año 1683.

Sánchez Hernández en su texto *Los muros de la globalización* establece que la libre circulación parece reservada para los ciudadanos del primer mundo, en tanto la restricción, para quienes tratan de salir del tercero.<sup>168</sup>

A pesar de que se edifique el muro más alto en la frontera norte de México, la necesidad de las personas centroamericanas y su desesperación por salir de ese denominado *tercer mundo* es más grande que cualquier barrera física que el

---

<sup>168</sup> Sánchez Hernández, Claudia Eugenia, “Los muros de la Globalización” en *Revista Circle Mode de Vie*, México, año 1, no. 1, agosto 2017, Pág. 26.

gobierno de los Estados Unidos pueda levantar, es inútil, un muro no ha detenido ni detendrá la migración.

La necesidad de las personas es tan grande que ponen en riesgo lo más valioso que tienen, sus propias vidas, los migrantes mexicanos y centroamericanos no le tienen miedo a nada, o al menos eso parece.

Donald Trump además de su promesa de construir el muro (aparejado con la amenaza al pueblo mexicano de que sería pagado con nuestro dinero), realizó diversas declaraciones durante su campaña presidencial con las que se esperaban deportaciones masivas de migrantes irregulares en cuanto iniciara su gobierno.

Trump muchas veces ha realizado declaraciones despectivas respecto de los migrantes, los ha calificado como criminales y nocivos para su país, una nota periodística del *New York Times*, establece que muchas de sus iniciativas y su esfuerzo para cambiar la política migratoria estadounidense se ha ejecutado a través de un proceso desordenado y con matices personales, tal y como se muestra en la siguiente afirmación.

Trump dice que la inmigración es la causa de un sinfín de problemas y tomó el cargo con una agenda de metas simbólicas que no tenían ninguna planificación; no se trataba del fruto de un riguroso debate de políticas, sino de interacciones personales cargadas emocionalmente y de un instinto para aprovechar las ideas nativistas de los estadounidenses blancos de la clase trabajadora.<sup>169</sup>

Las ideas nativistas a las que se hacen referencia en el párrafo anterior son todos esos planteamientos reforzados por los aparatos ideológicos del Estado, cuestión mencionada en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, en donde también se estableció que el poder crea estereotipos y que toda clase de

---

<sup>169</sup> Nota periodística disponible en internet en la página electrónica: <https://www.nytimes.com/es/2017/12/27/como-trump-transformo-las-politicas-migratorias-de-estados-unidos/> consultada el día 07 de abril de 2018 a las 14:52.

discriminación surge de esos mismos estereotipos, es decir, la ideología cumple satisfactoriamente su labor.

El migrante irregular que viajó a los Estados Unidos con la finalidad de acceder a un nivel de vida que en su país de origen le fue negado, se encuentra ubicado exactamente sobre la línea que divide dos grandes culturas y mundos completamente desiguales, a estas personas no se les permite integrarse del todo a esta nueva sociedad, sufren discriminación y muy pocas veces encuentran un verdadero trato igualitario.

Una demostración clara de cómo Trump cumpliría su promesa de campaña de fortalecer las fronteras de Estados Unidos se llevó a cabo durante los primeros meses del año 2018, cuando el presidente de los Estados Unidos ordenó la movilización de tropas de la Guardia Nacional las cuales se desplegaron para apoyar las misiones de seguridad fronteriza.<sup>170</sup>

En este mismo año limitó a 45.000 las admisiones de refugiados, la cifra más baja desde 1986; puso fin a un programa humanitario que le otorgó la residencia a 59.000 haitianos desde que un terremoto en 2010 destruyó ese país, y anunció el fin del programa TPS que protege de la deportación a 200.000 salvadoreños desde hace casi 20 años.<sup>171</sup>

El presidente de los Estados Unidos ha acusado al gobierno mexicano no solo de enviar migrantes a su país, sino también de permitir que los migrantes de los países del sur crucen por su territorio nacional, estas afirmaciones las realiza quizá con el objetivo de presionar las políticas migratorias en México.

Por su parte, el presidente de México, Enrique Peña Nieto, condenó las declaraciones de su homólogo estadounidense, toda vez que considera que Trump

---

<sup>170</sup> Nota periodística disponible en internet en la página: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43682479> consultada el día 07 de abril de 2018 a las 14:52.

<sup>171</sup> Nota periodística disponible en internet en la página: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-42612896> consultada el día 07 de abril de 2018 a las 16:14.

está frustrado por los límites de su poder. En un discurso pronunciado la noche del jueves 5 de abril, mencionó lo siguiente: "Si sus recientes declaraciones derivan de una frustración por asuntos de política interna, de sus leyes o de su Congreso, diríjase a ellos, no a los mexicanos", en este discurso también mencionó que nada ni nadie está por encima de la dignidad de México.<sup>172</sup>

Sin embargo, sea cual fuere el motivo, el gobierno mexicano casualmente posterior a las declaraciones de Trump, acordó reforzar la seguridad de su frontera sur; esto se hizo al estilo estadounidense, desplegando elementos de gendarmería<sup>173</sup>

La importancia de mencionar estos hechos radica en que estamos siendo testigos de un suceso histórico que puede ser determinante en las futuras políticas migratorias del país, Trump será recordado en la historia del Estado moderno y la relación bilateral México-Estados Unidos, como uno de los presidentes norteamericanos que mayor énfasis pusiera a las restricciones en el tema migratorio.

Pareciera que el gobierno mexicano no debiera interesarse tanto en cuestiones migratorias porque asumir una postura en contra de la migración le sería perjudicial incluso a sus propios intereses, el Estado mexicano recibe una gran cantidad anual de remesas, aunado a lo anterior, es una realidad que México no está en condiciones de impedir la emigración de sus ciudadanos, mucho menos de garantizarle las condiciones necesarias para que se queden en el país.

Se equivoca México y se equivocan muchos de sus analistas cuando concentran la atención de la agenda migratoria en la era Trump dentro del suelo estadounidense. Si nuestro gobierno no quiere que sus ciudadanos

---

<sup>172</sup> Nota periodística disponible en internet en la página: <https://www.forbes.com.mx/el-mejor-discurso-de-pena-nieto-esto-opinan-los-especialistas/> consultada el día 08 de abril de 2018 a las 20:28.

<sup>173</sup> Nota periodística disponible en internet en la página: <https://www.sintesis.mx/2018/04/11/mexico-frontera-sur-gendarmeria/> consultada el día 08 de abril de 2018 a las 20:58.

sufran humillaciones y violaciones a sus derechos humanos deberían empezar por atender las razones de la emigración que básicamente son laborales, pero también la falta de oportunidades para acceder a mejores estadios en la calidad de vida. La salida de conciudadanos para vivir mejor en otros países es un indicador de fracaso gubernamental, sobre todo expresa una frustración colectiva que, en sí misma, también debería preocuparle al fallido estado de bienestar social.<sup>174</sup>

El tema de la migración tiene que ver con cuestiones de orden mundial, para erradicar la migración tendría que cambiarse ese orden, lo cual resulta casi impensable si se toman en cuenta los factores hegemónicos de poder, el orden mundial es la razón por la cual no se ha detenido ni se detendrá nunca la migración. El modelo actual de movilidad humana se caracteriza por estar inserto en una economía globalizada en un mundo ampliamente desigual, coexistiendo así dos polos de existencia.<sup>175</sup>

Con base en los datos del último *International Migration Report*<sup>176</sup> de la ONU realizado en el año 2015, se establece que en el mundo hay un total de 244 millones de migrantes. México figura en la lista de emigrantes en el segundo lugar con 12.3 millones de personas que han salido del país.

Por otra parte no es casualidad que los 10 países que cuentan con mayor número de inmigrantes sean potencias mundiales económicamente hablando o donde se sabe que el nivel de vida es superior, tal es el caso de Estados Unidos,

---

<sup>174</sup> Anaya Cooley, Ignacio E; “En la era Trump... El reto migratorio esta al sur”, *Revista The New York Times Excelsior*, Febrero 2017, Pág. 12.

<sup>175</sup> Caicedo Riascos, Maritza y Morales Mena, Agustín, *Imaginarios de la migración internacional en México. Una mirada a los que se van y a los que llegan. Encuesta Nacional de Migración*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, Pág. 37.

<sup>176</sup> Información disponible en internet en la página con dirección electrónica: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/index.shtml>, consultado el día 08 de abril de 2018 a las 11:34

Alemania, Rusia, Arabia Saudita, Reino Unido, Emiratos Árabes, Canadá, Francia, Australia y España.

La información comentada en el párrafo anterior se muestra en la siguiente tabla elaborada por *BBC Mundo*, el portal de noticias y actualidad de la BBC en español.<sup>177</sup>

<b>Países que albergan a la mayor cantidad de inmigrantes en los últimos 25 años (en millones de personas)</b>						
<b>País</b>	<b>1990</b>	<b>1995</b>	<b>2000</b>	<b>2005</b>	<b>2010</b>	<b>2015</b>
Estados Unidos	23,3	28,5	34,8	39,3	44,2	46,6
Alemania	5,9	7,5	9	10,3	11,6	12
Rusia	11,5	11,9	11,9	11,7	11,2	11,6
Arabia Saudita	5	5,1	5,3	6,5	8,4	10,2
Reino Unido	3,7	4,2	4,7	5,9	7,6	8,5
Emiratos Árabes Unidos	1,8	1,8	2,4	3,3	7,3	8,1
Canadá	4,3	4,9	5,5	6,1	7	7,8
Francia	5,9	6,1	6,3	6,7	7,2	7,8
Australia	4	4,2	4,4	4,9	5,9	6,8
España	4,1	4,1	4,1	4,1	6,3	5,9

Fuente: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas

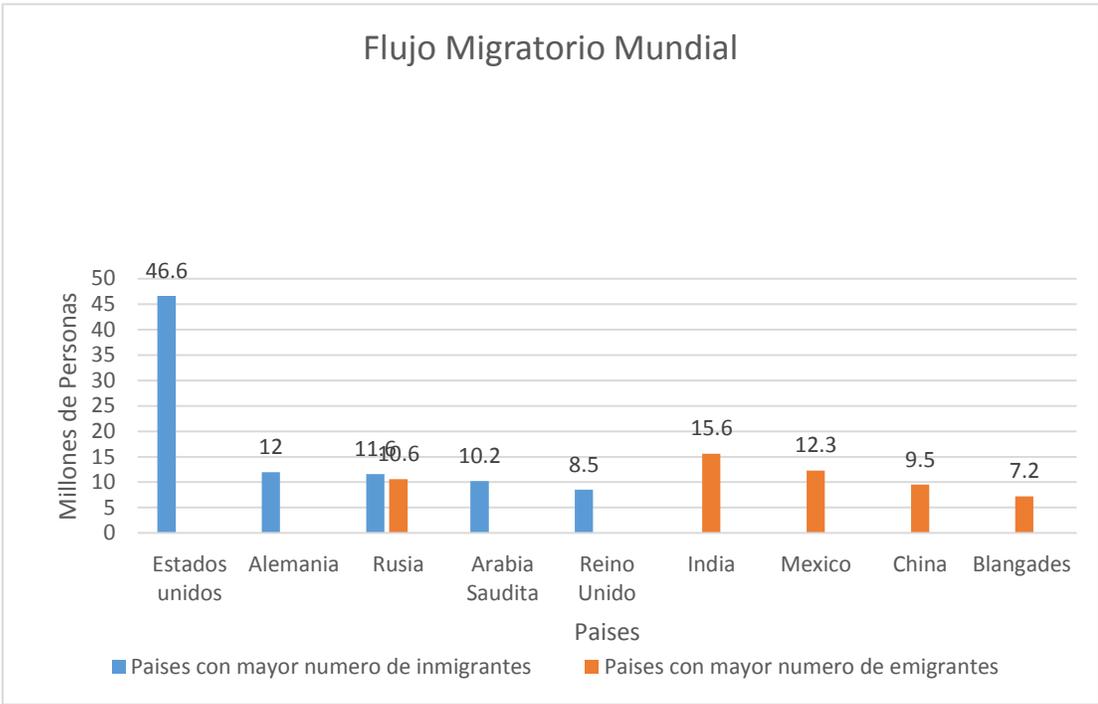
Fuente: nota periodística de BBC Mundo.

Conforme a la tabla anterior Estados Unidos encabeza la lista de países con mayor cantidad de inmigrantes, tiene hasta 2015 un total de 46.6 millones de personas que han llegado a residir en su territorio, quizá lo preocupante para el gobierno de este país radica en la cuestión de que México es el país de origen de la mayoría de estas personas.

<sup>177</sup> Nota periodística disponible en internet en la página con dirección electrónica: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39059460>, consultado el día 08 de abril de 2018 a las 11:34

Lo que se menciona en el párrafo anterior se reafirma cuando la información obtenida por el *International Migration Report* establece de igual forma que México es el segundo país con mayor número de emigrantes con un total 12.3 millones de personas que han dejado el territorio nacional, México solo se ubica después de la India.

La información mencionada anteriormente se muestra en la siguiente gráfica en donde con color azul se muestran los cinco principales países con mayor número de inmigrantes, se puede apreciar que en primer lugar figuran los Estados Unidos de América; asimismo muestra en color naranja los cinco principales países con mayor número de emigrantes en donde figura en segundo lugar el Estado mexicano.



Fuente: gráfica elaborada por el autor con base en información obtenida del *International Migration Report*.

Por lo mencionado en el párrafo anterior el flujo migratorio entre México y Estados Unidos es quizá uno de los más importantes en el mundo, sino es que el más importante por su antigüedad y permanencia.

El destino preferido de los emigrantes mexicanos es el país vecino del norte, el 86% de las personas que salen de México tienen como destino la nación norteamericana tal y como se evidencia en la siguiente tabla:

Cuadro 1.1. País de destino de los emigrantes nacidos en México, 2009-2014

País de destino	Total 671 046 (100.0%)
 EE. UU.	581 269 (86.6%)
 Canadá	15 889 (2.4%)
 España	11 995 <sup>1</sup> (1.8%)
 Otro país	61 893 (9.2%)

Fuente: Prontuario sobre movilidad y migración internacional.

Una de las principales protestas que se deja de manifiesto a los migrantes irregulares, es que estas personas no contribuyen al gasto público, esto en razón de la condición de su estancia, dejando entre ver la lucha de dos posturas comentada al inicio de este capítulo: por un lado los defensores de derechos humanos y por el otro los defensores de un sistema, posiciones evidentemente contrapuestas y al parecer irreconciliables.

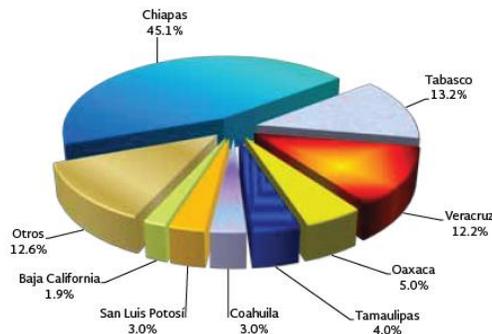
Cada año la Dirección de Estadística del Centro de Estudios Migratorios de la Secretaría de Gobernación recaba información del Instituto Nacional de Migración en México, son datos sobre los registros y control de las entradas y salidas al territorio nacional con los cuales se elabora un documento llamado “*Síntesis*”, este es un resumen de las estadísticas migratorias del último año, la dependencia gubernamental considera lo siguiente:

La creciente movilidad de personas a nivel mundial demanda, sin duda, la conformación de estadísticas sistematizadas, que puedan dar cuenta de los distintos flujos de migrantes que arriban y salen de México por diversas causas y en diferentes condiciones; así como de los que deciden establecerse y radicar en el país.<sup>178</sup>

El documento antes mencionado arroja datos duros de los cuales se puede realizar un análisis con la finalidad de conocer ciertas características tanto del flujo migratorio irregular en México como de las características de estos migrantes.

En un primer momento tenemos cifras que nos indican los Estados de la República Mexicana en donde se observa que el mayor número de personas que son presentadas ante la autoridad migratoria es en los Estados de Chiapas, Veracruz y Tabasco, todos ellos al sur de la República Mexicana, lo cual no es un dato que sorprenda, toda vez que se sabe que por la frontera sur entran la mayor parte de los migrantes irregulares.

3.2 EVENTOS DE EXTRANJEROS  
PRESENTADOS ANTE LA AUTORIDAD  
MIGRATORIA, SEGÚN ENTIDAD  
FEDERATIVA, ENERO DE 2018<sup>p</sup>



Fuente: Unidad de Política Migratoria, “Síntesis 2018”

<sup>178</sup> Información disponible en internet en la dirección electrónica: [http://www.politicamigratoria.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Estadistica](http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Estadistica), consultado el día 23 de marzo de 2018 a las 15:24

Es oportuno mencionar que la frontera sur de México está compuesta por los estados de Chiapas, Tabasco, Campeche y Quintana Roo, y colinda con los países de Belice y Guatemala,

Posteriormente se puede observar una tabla que nos muestra las estadísticas respecto de la cantidad de personas que fueron presentadas ante la autoridad migratoria en los últimos años, clasificados por su edad y sexo, es decir, esta información indica cuántos de los presentados eran menores de edad y cuantos eran mayores, y de ellos, cuantos eran hombres y cuantos mujeres.

### 3.3 EVENTOS DE EXTRANJEROS PRESENTADOS ANTE LA AUTORIDAD MIGRATORIA, SEGÚN GRUPOS DE EDAD Y SEXO, ENERO DE 2018<sup>P</sup>

Edad y sexo	Enero		
	2017 <sup>P</sup>	2018 <sup>P</sup>	Var. %
<b>Total general</b>	<b>10 697</b>	<b>8 812</b>	<b>- 17.6</b>
18 años y más	8 285	7 056	- 14.8
Hombres	6 098	5 614	- 7.9
Mujeres	2 187	1 442	- 34.1
Menores de 18 años	2 412	1 756	- 27.2
Hombres	1 480	1 167	- 21.1
Mujeres	932	589	- 36.8

Fuente: Unidad de Política Migratoria, “Síntesis 2018”

De esta tabla es importante mencionar que la población de este tipo personas se constituye principalmente por individuos del sexo masculino, mayores de edad, sin embargo, también se aprecia un cierto número de migrantes, menores de edad del sexo femenino, lo cual resulta preocupante, toda vez que la vulnerabilidad es un factor que se acumula, volviendo a estas personas doblemente en riesgo.

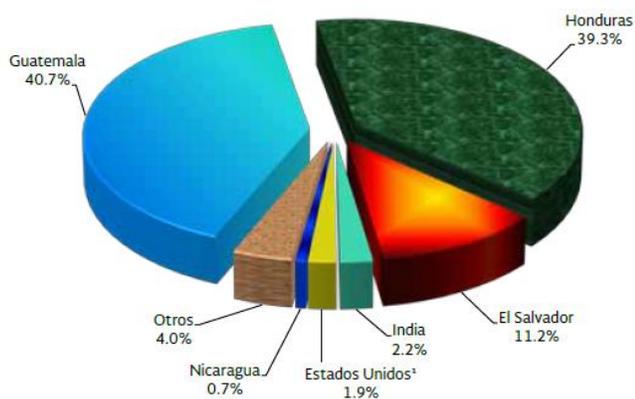
La siguiente gráfica muestra las principales nacionalidades de las personas que son presentadas ante una autoridad migratoria, las cuales como ya se había

comentado con anticipación son personas principalmente nacidas en Honduras, Guatemala y El Salvador.

Lo mencionado en el párrafo anterior es una cuestión constante que se repite cada año, y solo varía por poco el porcentaje de personas pero siempre se mantienen estos países en mayor número. Los tres países son de los Estados considerados subdesarrollados, el subdesarrollo también está muy relacionado con la pobreza, lo cual habla de migrantes pobres.

De igual manera en la gráfica figura Estados Unidos pero la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación, de donde se obtiene esta información, considera pertinente hacer la aclaración de que en estos datos se incluyen los nacidos en Puerto Rico. Así mismo al revisar años anteriores también figuran Cuba, India y Haití como países cuyos nacionales representan una cifra significativa de las personas presentadas ante una autoridad migratoria en México.

### 3.6 EVENTOS DE EXTRANJEROS PRESENTADOS ANTE LA AUTORIDAD MIGRATORIA, SEGÚN PRINCIPALES PAÍSES DE NACIONALIDAD, ENERO DE 2018<sup>P</sup>



Fuente: Unidad de Política Migratoria, “Síntesis 2018”

La información obtenida y presentada evidencia las características del migrante que conforma el flujo migratorio en México, sus principales nacionalidades así como el porcentaje que representan en relación a su sexo y edad. Sin embargo es importante precisar que no se cuenta con un registro exacto del número total de personas que ingresan a México de manera irregular, esto por las características

propias de la ilicitud, los datos presentados son únicamente de las personas que fueron detenidas y presentadas ante la autoridad migratoria

. Para concluir este apartado es menester mencionar que las teorías de las migraciones humanas se enfocan en estudiar el fenómeno en tres niveles: micro, medio y macro, lo cual se explica a continuación:

Las explicaciones a nivel micro, sustentadas en el individualismo metodológico, se dirigen a conocer los valores y expectativas de cada sujeto para mejorar sus medios de supervivencia, confort, estatus e identidad. Desde esta perspectiva, quedarse o migrar depende de cada cual y su contexto particular. En cuanto a las teorías de nivel medio, el análisis se centra en las redes sociales y familiares, así como en los amarres culturales, simbólicos y colectivos que impulsan los flujos migratorios a través de redes de apoyo solidarias/recíprocas ligadas por etnia, lengua, nacionalidad, religión, etcétera. Por último, a nivel macro, los estudios concentran la atención en el análisis internacional de las estructuras de oportunidades a nivel económico, político y social, donde las diferencias de salario, cultura, violencia, educación y brechas tecnológicas determinan la dirección e intensidad de los procesos espaciales de movilidad humana.<sup>179</sup>

Lo mencionado con anterioridad se precisa con la finalidad de establecer que el presente trabajo de investigación se centra en el delito de tráfico de personas en México y los derechos humanos del migrante, y no tiene como finalidad estudiar el fenómeno migratorio en el país.

Si se han abordado y comentado cuestiones desde la óptica micro, medio y macro, los tres niveles de estudio de la migración, es con la finalidad de alcanzar mayor claridad en su explicación, esta tesis de sociología jurídica pretende ser integral sin perder de vista su objeto de estudio.

---

<sup>179</sup> Caicedo Riascos, Maritza y Morales Mena, Agustín, *Imaginario de la migración internacional en México.*, óp. Cit, Pág. 34.

### 3.1.2 El tránsito de migrantes en México desde la perspectiva penal.

Jiménez de Asúa define el derecho penal como un *conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora*<sup>180</sup>

No existe una diferencia sustancial entre las diversas definiciones doctrinales de derecho penal, estas únicamente se diferencian en pequeños matices. En términos generales debe entenderse al derecho penal como el conjunto de normas jurídicas que sancionan las conductas humanas consideradas por el Estado como delitos, luego entonces su fin es establecer normas impuestas bajo una amenaza de sanción.

De lo anterior se desprenden dos aspectos principales del derecho penal; en primer lugar la determinación de los hechos considerados como delitos, y en segundo orden su sancionabilidad, con base en ello, se puede definir un delito como la conducta humana sobre la que recae una sanción penal, o recordar la definición jurídica mencionada con anterioridad, misma que establece que un *delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*.<sup>181</sup>

Pero ¿Por qué sancionar una conducta humana? La respuesta pareciera fácil, el Estado tutela o protege bienes jurídicos que le ha reconocido a las personas, tales como la vida, la propiedad, la salud, la libertad, la integridad física, entre muchos otros; ciertas conductas que realizan los miembros de una sociedad pueden transgredir o afectar estos bienes, por ello la necesidad de protegerlos bajo una amenaza de sanción a quien los vulnere, lo anterior con el objetivo de garantizar la seguridad pública y el bienestar general a los miembros de una sociedad.

---

<sup>180</sup> Jiménez De Azua, Luís, *Principios del derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot: 4ta, 2005, página 18.

<sup>181</sup> Artículo 7 del Código Penal Federal.

Las conductas que realizan las personas no solo pueden llegar a afectar o transgredir los bienes jurídicos de las personas físicas, sino también los bienes de diversos entes con personalidad jurídica, tal y como es el caso del Estado, por ello la tipificación de delitos que protejan por ejemplo, el patrimonio estatal o la seguridad nacional.

El doctor Sánchez Sandoval considera que a pesar de que muchas veces se utilice indistintamente el término seguridad pública y seguridad nacional, estos dos no deben confundirse; la primera (seguridad pública) cumple la función de conservar el orden social con base en un orden jurídico que controle al poder y norme las relaciones de los ciudadanos entre sí; la segunda (seguridad nacional), en cambio, tiene como objetivo la defensa y reproducción del sistema de producción y dominación capitalista en el mundo.<sup>182</sup>

Esto que se menciona en el párrafo que antecede refuerza lo muchas veces reiterado respecto de que el delito de tráfico de personas es un tema de seguridad nacional desde la perspectiva del derecho penal del enemigo, en donde el migrante es objeto del delito; y es un tema de seguridad pública si se piensa en un delito cuyo bien jurídico tutelado es la seguridad de los migrantes, donde estos últimos son considerados víctimas, en ambos casos el sujeto activo del delito siempre es el traficante.

Por reiterativo que parezca, lo primero que hay tener claro al hablar del tráfico de migrantes en México desde la perspectiva penal, es el hecho de que migrar no es un delito, esto se desarrolló en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, sin embargo, no debe perderse en ningún momento de vista.

Migrar en todo caso podría considerarse una actividad prohibida solo si se realiza de manera irregular, pero en un sentido amplio el simple hecho de migrar no tiene consecuencias penales para el migrante, estas personas únicamente a través de un trámite administrativo son devueltos a sus países de origen, es decir, ninguna

---

<sup>182</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, Óp. Cit, pág.167-168.

ley en México contempla en su contenido alguna sanción penal para los migrantes por el simple hecho de realizar este tipo de movimientos transnacionales.

El delito de Tráfico de Personas tipificado en el artículo 159 de la Ley de Migración, tiene una estrecha relación con el tema migratorio, toda vez que sanciona a las personas que con el ánimo de lucro ayuden a los migrantes a trasladarse por México, a internarse a otro país o a evadir las revisiones migratorias, es importante recordar que el delito (al menos en México) no se configura cuando se ayuda a un migrante por cuestiones de humanidad.

A propósito de esto, es ilógico decir que un humano no es humano, o lo que es lo mismo, que un humano es inhumano, pero en atención al tema migratorio sería importante reflexionar sobre la insensibilidad con la que muchas veces se comportan las personas miembros de una sociedad para con los migrantes, si pensamos en las condiciones tan desfavorables en las que se encuentran estas personas, no sentir empatía con ellos, por ilógico que se lea, es una actitud inhumana por parte de la humanidad.

Si bien es cierto que el delito de tráfico de personas aparentemente se tipifica con la intención de ayudar al migrante, también lo es que la tipificación de este delito disfraza perfectamente lo que parece ser las verdaderas intenciones del legislador de proteger una superestructura estatal, o quizá, no siendo mal pensados, se logran simultáneamente *matar dos pájaros de un solo tiro*.

Otra cuestión importante que se tiene que mencionar es el hecho de que a pesar de que migrar no sea un delito, las políticas migratorias si criminalizan a estas personas y no existe mayor ejemplo de ello que las estaciones migratorias en donde los migrantes permanecen privados de su libertad.

El sistema del delito de tráfico ilícito de migrantes para poder subsistir y expandirse puede establecer estrechos vínculos y relaciones con otras actividades ilícitas. De esta forma, para lograr una lucha efectiva contra este delito se debe incluir el combate a otras actividades delictivas que guardan una estrecha relación entre sí.

La relación que se comenta en el párrafo anterior puede ser de tipo horizontal, como por ejemplo con delitos como la trata de personas, la extorsión, el tráfico de drogas y el tráfico de armas; y de tipo vertical con delitos como corrupción, lavado de dinero y la falsificación de documentos.

Si se advierte que la comisión del delito de tráfico de personas puede establecer un estrecho vínculo con otros delitos, debe considerarse la posibilidad de que el traficante la mayoría de las veces no actué de manera individual sino a través de una red delincencial mayormente estructurada, es por esto que el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada establece lo siguiente:

Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

Fracción III. Tráfico de personas, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;

Como ya se comentó, muy difícilmente una persona de manera aislada puede contar con los elementos y recursos necesarios para la comisión del delito de tráfico de personas, los traficantes requieren de mayor apoyo para la realización de sus actividades, sin embargo en la vida práctica del derecho penal es muy difícil comprobar esta situación toda vez que debe acreditarse una estructura de organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad de cada uno de los integrantes de un grupo delictivo.

Por esta razón la misma ley contempla técnicas especiales para las persecución de delincuencia organizada, fundamentadas en la teoría del derecho penal del enemigo hay que recordar que los enemigos son eso mismo, enemigos.

El arraigo, la intervención de comunicaciones privadas, la reserva de los registros en la investigación, la protección de personas y la colaboración con miembros de la delincuencia organizada para la persecución de los delitos,

constituyen algunas de las llamadas técnicas especiales de investigación mencionadas anteriormente:

La Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en la investigación y procesamiento de delitos cometidos por personas que formen parte de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, quienes tendrán bajo su mando y conducción a policías y peritos.<sup>183</sup>

En México es la Subprocuraduría Especializada en Investigación De Delincuencia Organizada, por sus siglas SEIDO, la institución creada para los fines mencionados en el párrafo anterior; esta dependencia de gobierno cuenta con seis unidades, una de ellas es la Unidad Especializada en Investigación de Tráfico de Menores, Personas y Órganos, por sus siglas UEITMPO, esta a su vez cuenta con tres fiscalías, de las cuales a su vez una de ellas es la fiscalía de Tráfico de Personas.<sup>184</sup>

La Fiscalía de Tráfico de Personas, de la Unidad Especializada en Investigación de Tráfico de Menores, Personas y Órganos, perteneciente a la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada, de la Procuraduría General de la Republica, es la encargada de perseguir el delito contemplado en el artículo 159 Ley Federal de Migración siempre que se trate de delincuencia organizada.<sup>185</sup> Pero también podrá conocer de delitos de su competencia sin que exista delincuencia organizada:

Las unidades especializadas adscritas a la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada podrán conocer de las investigaciones por delito de su competencia, aun cuando no hayan sido

---

<sup>183</sup> Artículo 8 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

<sup>184</sup> Información disponible en internet en la página electrónica: <https://www.gob.mx/pgr/acciones-y-programas/subprocuraduria-especializada-en-investigacion-de-delincuencia-organizada>, consultado el día 09/04/2018 a las 11:59.

<sup>185</sup> Artículo 33 Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

cometidos por miembros de la delincuencia organizada. En estos casos no estarán facultadas para aplicar las disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.<sup>186</sup>

Algo importante que se tiene que comentar es que por la relevancia, trascendencia y secrecía de los asuntos que lleva la SEIDO no se puede obtener información de sus registros.

Otra cuestión que ya se comentó pero que vale la pena recordar en estos momentos es que las diversas delegaciones de la PGR y las Procuradurías y Fiscalías de los Estados tienen también la facultad para perseguir el delito de Tráfico de Personas, esto en razón de que este delito no se encuentra contemplado en un código penal sino en una ley especial, la Ley General de Migración.

En atención a lo que se menciona anteriormente algunas Procuradurías locales de ciertos Estados cuentan con fiscalías especializadas para la persecución del delito de Tráfico de Personas; tal es el caso de los Estados de Chiapas, Veracruz, Oaxaca y Tabasco, nuevamente todos al sur de México por ya obvias razones.

A pesar de que se haya iniciado una carpeta de investigación en alguna Delegación de PGR o una fiscalía o procuraduría local, pero se vean involucrados miembros de delincuencia organizada, la SEIDO siempre podrá ejercer facultad de atracción de un asunto.<sup>187</sup>

Un tema estrechamente ligado a esto y que de igual forma ya fue abordado, es que el delito de tráfico de personas no cuenta con prisión preventiva de manera oficiosa, sin embargo cuando conjuntamente se comete el delito de tráfico de

---

<sup>186</sup> Artículo 29 Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

<sup>187</sup> Artículo 103 en relación al 102 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, así como el acuerdo A/070/2003 del Procurador General de la Republica.

personas y exista delincuencia organizada si se otorgara prisión preventiva de manera oficiosa en razón de esta última.

La prisión preventiva es una medida cautelar en la cual el imputado permanece en prisión valga la redundancia, esto mientras dura su proceso penal, pareciera que la oficiosa de la prisión preventiva no significa mucho, esto en razón de que también puede otorgarse a delitos no oficiosos, pero sin la oficiosa se limita la medida cautelar a criterio del juez.

La prisión preventiva oficiosa no necesariamente nos dice quienes serán condenados o absueltos, pero si establece de manera indirecta la importancia que pone el legislador a los delitos que se la otorga, la mayoría de las veces se concede a aquellos que por sus características son considerados como delitos graves.

El objetivo de esta medida cautelar es garantizar la comparecencia del imputado en juicio, luego entonces sería interesante cuestionarse por qué si se le acusa una persona de ayudar a otras a internarse en un país de manera ilegal, o de trasladar de un migrante por el territorio mexicano, no se piensa que paralelamente esta persona posee la facilidad y los medios para hacerlo, lo cual también podría hacer para sí mismo con el fin de evadirse de la acción de la justicia.

Además de la delincuencia organizada, algunas de las agravantes del delito de tráfico de personas en México es que se vean involucradas personas migrantes menores de edad o al igual que en todos los demás delitos, el ser funcionario público también es otra circunstancia que lo agrava.

Algo que llama bastante la atención es que en los Estados Unidos el ánimo de lucro no es un elemento necesario para la acreditación del delito, sino una agravante del mismo, esto deja entre ver que a diferencia de México, en los Estados Unidos, no se puede ayudar a un migrante ni siquiera por razones de humanidad.

Al menos discursivamente, la política migratoria de Estados Unidos y México es formalmente diferente, pero no así materialmente, estas son iguales, sin importar el término que se emplee las acciones son las mismas.

Lo que en Estados Unidos es denominado detención o aprehensión, en México se le llama rescate y aseguramiento; lo que en Estados Unidos se designa centro de detención migratorio (que funcionan como cárceles), en México se le denomina estación migratoria. Finalmente, cuando en México se reportan repatriaciones, a las que se sujetan todos los asegurados/detenidos, a lo que se está refiriendo la autoridad es a la deportación.<sup>188</sup>

Si bien cierto que uno de los objetivos del nuevo sistema de justicia penal es no saturar el sistema penitenciario, y por esta razón se prevén diversos métodos alternos de solución de controversias y salidas alternas, así como la prisión preventiva como regla de excepción y no regla general, también lo es, que el sistema se ha tornado un tanto blando para castigar a los responsables de delitos.

El principal objetivo del derecho penal es impartir justicia penal, lo que pronto nos haría cuestionarnos ¿Qué es justicia? una definición mundialmente conocida es la referida en el siglo III del jurista Ulpiano, el consideraba que la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, la principal crítica que se realiza a esta definición es que dentro de ella no establece o determina que es lo suyo, es decir, quién determina que le corresponde a cada uno.

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> Anaya Cooley, Ignacio E; “En la era Trump... El reto migratorio esta al sur”, *Óp. Cit*, Pág. 17.

<sup>189</sup> Kelsen, Hans, trad. Moisés Nilve, *Teoría Pura del Derecho*, 4a edición, 9a reimpresión, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009, Pág. 91.

Pretender definir la justicia desde la perspectiva del derecho natural, inevitablemente nos llevaría a observar el derecho positivo, Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho*, menciona que el derecho positivo determina lo que le corresponde a cada quien según los postulados del derecho natural.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.<sup>190</sup>

Si se piensa que la justicia es un valor absoluto y que su contenido será válido de manera general ¿Por qué desde la perspectiva positivista del derecho es justo impedir el paso de las personas a otros Estados? La justicia es más que dar a cada quien lo que le corresponde, porque además relacionado con el tema migratorio, son los propios Estados los encargados de determinar a quién le corresponde el derecho de entrar a un territorio y a quien no, aquí se evidencia el retroceso del derecho natural al derecho positivo.

La justicia desde la perspectiva de la ciencia jurídica y una óptica positivista es hacer cumplir la ley. Desde esta postura la pregunta entonces sería ¿Por qué las personas cumplen con la norma?

Para poder explicar convincentemente la obediencia al derecho y en específico a la norma jurídica, es menester recurrir no solo a la percepción del agente sino también a la idea de autoridad. En materia penal parecería evidente que la obediencia al derecho es por el miedo que se tiene a la sanción, pero el Hart desde su perspectiva de positivismo incluyente, el cual es flexible para acercarse a teorías iusnaturalistas, agregaría la idea de un mínimo de moral, en razón de que

---

<sup>190</sup> *ibídem*, Pág. 48.

considera que la idea de la sanción como elemento que hace que se cumpla con la norma no es una condición suficiente.

La idea de un mínimo de moral del derecho ha permitido explicar algunas de las razones por las que los ciudadanos cumplen con las reglas, pero también tengamos presente que para poder describir al derecho podemos prescindir de la moral aunque sea a nivel conceptual, de allí la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral; distinción que permite que la moral pueda ser un referente para la corrección de lo jurídico.<sup>191</sup>

Hart estima que se da cumplimiento al derecho por ser lo correcto para la sociedad en razón de que el derecho es una institución social apegada a la idea de justicia, para él no es posible mantener una separación tajante entre la moral y el derecho (es posible únicamente a nivel conceptual) su pensamiento hace hincapié en la moral no solo del sujeto, sino también la moral incluida en la norma.

Hablar de la moral del derecho y no solo del sujeto, parecería extraño, ¿Puede una norma ser contraria a la moral? La respuesta es sí, muestran clara de esto, son las normas penales o administrativas que prohíben el tránsito de migrantes ¿Qué moral hay en esas leyes?

A pesar de lo que se comenta en el párrafo que antecede, aun las normas contrarias a la moral son derecho, siempre que estas cumplan con los requisitos de validez el sujeto está obligado a cumplir con ellas: ¿qué moral puede existir en normas que fomentan la desigualdad entre las personas? Sin embargo, al ser una norma válida el ciudadano no tiene opción, uno de los principios generales del derecho establece: *Dura lex, sed lex*, lo cual se traduce como *la ley es dura pero es la ley*.

Las normas pueden ser contrarias a la moral y también son válidas, siempre que cumplan con los requisitos de validez del sistema... En los casos en que

---

<sup>191</sup> Ballesteros Montero, Alberto J., *Derecho y moral estudio introductorio*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F, 2011, Pág. 191

coincidan el derecho y la moral no habrá problema para explicar la obediencia al derecho.<sup>192</sup>

Todo esto que se menciona con anterioridad sirve para concluir este apartado de la siguiente manera: el destinatario de la norma jurídica cumple con ella por tres principales razones, la idea del mínimo de moral en el derecho, razones de convicción moral del sujeto; y por miedo a la sanción, esta última más visible en materia penal.

En relación al migrante, es evidente que su desesperación y necesidad es más grande que su convicción moral, y que en esta ocasión el derecho no contiene ese elemento moralista en razón de que está siendo benéfico a la desigualdad, está siendo injusto para con ellos, está siendo inmoral y en razón de ello no existen elementos que el migrante considere validos en la norma para cumplir con ella.

En relación al traficante, la moral en la norma, la cual desde esta óptica sí existe en razón de que se pretende proteger al migrante, no le interesa, por eso comete ese delito, lo cual paralelamente evidencia la falta de moral del sujeto, y esta persona tampoco tiene miedo a la sanción, el propio Estado considera que no es un delito grave.

### **3.1.3 El enfoque administrativo de la migración en México**

A pesar de que en el capítulo segundo del presente trabajo de investigación se abordaran diversas cuestiones de la Ley de Migración, en este apartado se retomará en razón de que anteriormente el análisis realizado se enfocó únicamente en el estudio del delito de tráfico de personas, en relación a los derechos humanos del migrante, lo que ahora se pretende es desarrollar el enfoque administrativo del flujo migratorio en México.

Un adecuado punto de partida para este apartado, es definir que es una política migratoria, la Ley de Migración considera lo siguiente:

---

<sup>192</sup> *ibídem*, Pág. 192

La política migratoria del Estado Mexicano es el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados que con fundamento en los principios generales y demás preceptos contenidos en la presente Ley, se plasman en el Reglamento, normas secundarias, diversos programas y acciones concretas para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.<sup>193</sup>

La aplicación de la Ley de Migración le corresponde a la Secretaría de Gobernación, organismo público centralizado de naturaleza administrativa, para ello podrá auxiliarse y coordinarse con las demás dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cuyas atribuciones estén vinculadas con la materia migratoria, las facultades de esta secretaria en relación a la migración son las siguientes:

- I. Formular y dirigir la política migratoria del país, tomando en cuenta la opinión de las autoridades que al efecto se establezcan en el Reglamento, así como las demandas y posicionamientos de los otros Poderes de la Unión, de los Gobiernos de las entidades federativas y de la sociedad civil;
- II. Fijar las cuotas, requisitos o procedimientos para la emisión de visas y la autorización de condiciones de estancia, siempre que de ellas se desprenda para su titular la posibilidad de realizar actividades a cambio de una remuneración; así como determinar los municipios o entidades federativas que conforman las regiones fronterizas o aquellas que reciben trabajadores temporales y la vigencia correspondiente de las autorizaciones para la condición de estancia expedida en esas regiones, en los términos de la presente Ley. En todos estos supuestos la Secretaría deberá obtener previamente la opinión favorable de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y tomará en cuenta la opinión de las demás autoridades que al efecto se establezcan en el Reglamento;

---

<sup>193</sup> Artículo 2 de la Ley de Migración.

- III. Establecer o suprimir requisitos para el ingreso de extranjeros al territorio nacional, mediante disposiciones de carácter general publicadas en el Diario Oficial de la Federación, tomando en cuenta la opinión de las autoridades que al efecto se establezcan en el Reglamento;
- IV. Suspender o prohibir el ingreso de extranjeros, en términos de la presente Ley y su Reglamento;
- V. En coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores, promover y suscribir instrumentos internacionales en materia de retorno asistido tanto de mexicanos como de extranjeros;
- VI. Fijar y suprimir los lugares destinados al tránsito internacional de personas, en términos de esta Ley y su Reglamento;
- VII. Dictar los Acuerdos de readmisión, en los supuestos previstos en esta Ley, y
- VIII. Las demás que le señale la Ley General de Población, esta Ley, su Reglamento y otras disposiciones jurídicas aplicables.<sup>194</sup>

Una de las dependencias gubernamentales más importantes en materia migratoria es el Instituto Nacional de Migración, un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación y tiene por objeto la ejecución, control y supervisión de los actos realizados por las autoridades migratorias dentro del territorio nacional, así como la instrumentación de políticas en la materia, lo anterior, con base en los lineamientos que expida la misma Secretaría de Gobernación, las principales atribuciones del Instituto son las siguientes:

- I. Instrumentar la política en materia migratoria;
- II. Vigilar la entrada y salida de personas al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y revisar su documentación;
- III. En los casos señalados en esta Ley, tramitar y resolver sobre la internación, estancia y salida del país de los extranjeros;

---

<sup>194</sup> Artículo 18 de la Ley de migración.

- IV. Conocer, resolver y ejecutar la deportación o el retorno asistido de extranjeros, en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley y en su Reglamento;
- V. Imponer las sanciones previstas por esta Ley y su Reglamento;
- VI. Llevar y mantener actualizado el Registro Nacional de Extranjeros;
- VII. Presentar en las estaciones migratorias o en los lugares habilitados para tal fin, a los extranjeros que lo ameriten conforme a las disposiciones de esta Ley, respetando en todo momento sus derechos humanos;
- VIII. Coordinar la operación de los grupos de atención a migrantes que se encuentren en territorio nacional;
- IX. Proporcionar información contenida en las bases de datos de los distintos sistemas informáticos que administra, a las diversas instituciones de seguridad nacional que así lo soliciten, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables, y
- X. Las demás que le señale esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.<sup>195</sup>

Otra de las autoridades con algunas atribuciones que están estrechamente relacionadas con el tema migratorio es la Secretaría de Relaciones Exteriores, cuya naturaleza jurídica de igual forma establece que es un organismo público centralizado de la administración pública federal, la cual tendrá las siguientes atribuciones en materia migratoria:

- I. Aplicar en el ámbito de su competencia las disposiciones de esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones legales;
- II. Promover conjuntamente con la Secretaría la suscripción de instrumentos internacionales en materia de retorno asistido de mexicanos y extranjeros;
- III. Promover conjuntamente con la Secretaría de Gobernación, la suscripción de acuerdos bilaterales que regulen el flujo migratorio;
- IV. En los casos previstos en esta Ley, tramitar y resolver la expedición de visas, y

---

<sup>195</sup> Artículo 20 de la Ley de Migración.

V. Las demás que le señale esta Ley, su Reglamento y otras disposiciones jurídicas aplicables.<sup>196</sup>

La Secretaría de Relaciones Exteriores, la Secretaría de Gobernación y el Instituto Nacional de Migración son los 3 principales organismos encargados de dirigir y aplicar las políticas migratorias en los Estados Unidos Mexicanos, cuyas principales atribuciones se encuentran previamente delimitadas de la forma en que se mencionó líneas atrás.

Ahora bien, en relación al flujo migratorio en el país es importante establecer que todas las personas, mexicanos y extranjeros, en teoría, sólo pueden entrar y salir del territorio nacional por los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire.

Lo que se menciona en el párrafo anterior conforma la internación regular al país, la cual se efectúa y materializa en el momento en que la persona pasa por los filtros de revisión migratoria ubicados en los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire, dentro de los horarios establecidos para tal efecto y con intervención de las autoridades migratorias.<sup>197</sup>

Corresponde al personal del Instituto Nacional de Migración vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros, así como revisar la documentación de los mismos.

Para los mexicanos ingresar a territorio nacional constituye un derecho del cual no se les puede privar, únicamente se debe acreditar la nacionalidad mexicana con algún documento que la propia ley prevé. Los extranjeros en cambio para internarse al país deberán realizar lo siguiente:

I. Presentar en el filtro de revisión migratoria ante el Instituto, los documentos siguientes:

---

<sup>196</sup> Artículo 21 de la Ley de Migración.

<sup>197</sup> *Ídem.*

- a) Pasaporte o documento de identidad y viaje que sea válido de conformidad con el derecho internacional vigente, y
- b) Cuando así se requiera, visa válidamente expedida y en vigor, en términos del artículo 40 de esta Ley; o
- c) Tarjeta de residencia o autorización en la condición de estancia de visitante regional, visitante trabajador fronterizo o visitante por razones humanitarias.

II. Proporcionar la información y los datos personales que las autoridades competentes soliciten en el ámbito de sus atribuciones.

III. No necesitan visa los extranjeros que se ubiquen en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Nacionales de países con los que se haya suscrito un acuerdo de supresión de visas o que no se requiera de visado en virtud de una decisión unilateral asumida por el Estado mexicano;
- b) Solicitantes de la condición de estancia de visitante regional y visitante trabajador fronterizo;
- c) Titulares de un permiso de salida y regreso;
- d) Titulares de una condición de estancia autorizada, en los casos que previamente determine la Secretaría;
- e) Solicitantes de la condición de refugiado, de protección complementaria y de la determinación de apátrida, o por razones humanitarias o causas de fuerza mayor, y
- f) Miembros de la tripulación de embarcaciones o aeronaves comerciales conforme a los compromisos internacionales asumidos por México.<sup>198</sup>

Para efectos de lo mencionado anteriormente, y que se encuentra previsto en la fracción I, inciso B del artículo 37; las visas a las que hace referencia se encuentran descritas en el artículo 40 de la misma Ley de migración, mismo que

---

<sup>198</sup> Artículo 37 de la Ley de Migración.

menciona que los extranjeros que pretendan ingresar al país deben presentar alguno de los siguientes tipos de visa:

<b>Tipo de Visa</b>	<b>Características</b>
Visa de visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas	Autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada.
Visa de visitante con permiso para realizar actividades remuneradas	Autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada y realizar actividades remuneradas.
Visa de visitante para realizar trámites de adopción	Autoriza al extranjero vinculado con un proceso de adopción en los Estados Unidos Mexicanos, a presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer en el país hasta en tanto se dicte la resolución ejecutoriada y, en su caso, se inscriba en el Registro Civil la nueva acta del niño, niña o adolescente adoptado, así como se expida el pasaporte respectivo y todos los trámites necesarios para garantizar la salida del niño, niña o adolescente del país.
Visa de residencia temporal	Autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer por un tiempo no mayor a cuatro años.

Visa de residente temporal estudiante	Autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer por el tiempo que duren los cursos, estudios, proyectos de investigación o formación que acredite que se llevarán a cabo en instituciones educativas pertenecientes al sistema educativo nacional, y realizar actividades remuneradas conforme a lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 52 de esta Ley.
Visa de residencia permanente	Autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer de manera indefinida.

Fuente: Cuadro elaborado por el autor con base en el artículo 40 de la Ley de Migración

De la información arriba mencionada, se desprende que en México existen tres tipos de visados: visitante, residente temporal y residente permanente (en sus distintas modalidades); paralelamente la visa nos habla de la condición de estancia regular de los extranjeros los cuales podrán permanecer en el territorio nacional en las condiciones siguientes:

<b>Condición de Estancia</b>	<b>Características</b>
Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas	Autoriza al extranjero para transitar o permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada, sin permiso para realizar actividades sujetas a una remuneración en el país.
Visitante con permiso para realizar	Autoriza al extranjero que cuente con una oferta de empleo, con una invitación por parte de alguna autoridad o institución académica, artística, deportiva o cultural por la cual perciba una remuneración en el país, o venga a desempeñar una actividad

actividades remuneradas	remunerada por temporada estacional en virtud de acuerdos interinstitucionales celebrados con entidades extranjeras, para permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada.
Visitante regional	Autoriza al extranjero nacional o residente de los países vecinos para ingresar a las regiones fronterizas con derecho a entrar y salir de las mismas cuantas veces lo deseen, sin que su permanencia exceda de tres días y sin permiso para recibir remuneración en el país.
Visitante trabajador fronterizo	Autoriza al extranjero que sea nacional de los países con los cuales los Estados Unidos Mexicanos comparten límites territoriales, para permanecer hasta por un año en las entidades federativas que determine la Secretaría. El visitante trabajador fronterizo contará con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, en la actividad relacionada con la oferta de empleo con que cuente y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee.
Visitante por razones humanitarias	Se autorizará esta condición de estancia a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Ser ofendido, víctima o testigo de algún delito cometido en territorio nacional. b) Ser niña, niño o adolescente migrante no acompañado, en términos del artículo 74 de esta Ley. c) Ser solicitante de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria del Estado Mexicano, hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria. Si la solicitud es positiva se les otorgará la condición de estancia de residente permanente, en términos del artículo 54 de esta Ley.

Visitante con fines de adopción	Autoriza al extranjero vinculado con un proceso de adopción en los Estados Unidos Mexicanos, a permanecer en el país hasta en tanto se dicte la resolución ejecutoriada y en su caso, se inscriba en el registro civil la nueva acta del niño, niña o adolescente adoptado, así como se expida el pasaporte respectivo y todos los trámites necesarios para garantizar la salida del niño, niña o adolescente del país.
Residente temporal	Autoriza al extranjero para permanecer en el país por un tiempo no mayor a cuatro años, con la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, sujeto a una oferta de empleo con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee y con derecho a la preservación de la unidad familiar.
Residente temporal estudiante	Autoriza al extranjero para permanecer en el territorio nacional por el tiempo que duren los cursos, estudios, proyectos de investigación o formación que acredite que va a realizar en instituciones educativas pertenecientes al sistema educativo nacional, hasta la obtención del certificado, constancia, diploma, título o grado académico correspondiente, con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee, con permiso para realizar actividades remuneradas cuando se trate de estudios de nivel superior, posgrado e investigación.
Residente permanente	Autoriza al extranjero para permanecer en el territorio nacional de manera indefinida, con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país.

Fuente: Cuadro elaborado por el autor con base en el artículo 52 de la Ley de Migración

Este tipo de estancias regulares son la forma en la cual un migrante puede permanecer en el país, esto después de internarse con algún tipo de las visas también descritas con anterioridad o con un permiso válido.

En lo que respecta a los migrantes que se internan de manera irregular y sean detenidos, estos deberán ser presentados ante el INM, autoridad que iniciará un procedimiento administrativo migratorio que incluye la presentación, el alojamiento en las estaciones migratorias, el retorno asistido y la deportación.<sup>199</sup>

Los migrantes que se encuentren en situación migratoria irregular en el país tendrán derecho a que las autoridades migratorias, al momento de su presentación, les proporcionen información acerca de:

- I. Sus derechos y garantías de acuerdo con lo establecido en la legislación aplicable y en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano;
- II. El motivo de su presentación;
- III. Los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones de acuerdo con lo establecido por la legislación aplicable;
- IV. La notificación inmediata de su presentación por parte de la autoridad migratoria, al consulado del país del cual manifiesta ser nacional, excepto en el caso de que el extranjero pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado;
- V. La posibilidad de regularizar su situación migratoria, en términos de lo dispuesto por los artículos 132, 133 y 134 de esta Ley, y
- VI. La posibilidad de constituir garantía en los términos del artículo 102 de esta Ley.<sup>200</sup>

Además del deber de informar los derechos y garantías que les asisten a los migrantes, la autoridad debe informar la posibilidad de regularizar su condición de estancia, lo anterior en términos de la fracción V del artículo 69 de la Ley de Migración, la cual a su vez nos remite a diversos artículos de los cuales el artículo 133 prevé lo siguiente:

---

<sup>199</sup> Artículo 68 de la Ley de Migración.

<sup>200</sup> Artículo 69 de la Ley de Migración.

El Instituto podrá regularizar la situación migratoria de los extranjeros que se ubiquen en territorio nacional y manifiesten su interés de residir de forma temporal o permanente en territorio nacional, siempre y cuando cumplan con los requisitos de esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables. La regularización se podrá otorgar concediendo al extranjero la condición de estancia que corresponda conforme a esta Ley.

Con independencia de lo anterior, tienen derecho a la regularización de su situación migratoria los extranjeros que se ubiquen en territorio nacional y se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- I. acredite ser cónyuge, concubina o concubinario de persona mexicana o de persona extranjera con condición de estancia de residente;
- II. acredite ser padre, madre o hijo, o tener la representación legal o custodia de persona mexicana o extranjera con condición de estancia de residente;
- III. Que el extranjero sea identificado por el Instituto o por autoridad competente, como víctima o testigo de algún delito grave cometido en territorio nacional;
- IV. Que se trate de personas cuyo grado de vulnerabilidad dificulte o haga imposible su deportación o retorno asistido, y
- V. Cuando se trate de niñas, niños y adolescentes que se encuentren sujetos al procedimiento de sustracción y restitución internacional de niños, niñas o adolescentes.

En relación a lo mencionado con anterioridad respecto de la posibilidad de los migrantes irregulares de regularizar su condición de estancia, con independencia de los supuestos que se prevén en la cinco fracciones del artículo 133, es de resaltar lo contemplado por la fracción III, la cual establece que una persona podrá regularizar su condición de estancia cuando sea identificado como víctima o testigo de algún delito grave cometido en territorio nacional.

La condicionante de que sean víctimas de delitos graves evidencia que existen sujetos más protegidos y sujetos menos protegidos, en razón de que el sistema, el cual parece cada vez más perfecto, crea una barrera o limitante en el

momento en el que limita la regularización de estancia a víctimas de delitos solo cuando se trate de delitos graves.

Las víctimas del delito de tráfico de personas no pueden acceder a este beneficio en razón de que este delito no es considerado grave, el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece cuales son los considerados delitos graves, dentro de los cuales figuran tipos penales como delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, entre otros.

Para que un migrante irregular pueda regularizar su estancia en razón ser considerado un visitante por razones humanitarias hay que eliminar esas barreras, las cuales determinan que la tarjeta a visitantes temporales por razones humanitarias solo aplica a víctimas de delitos graves.

Al ofendido, víctima o testigo de un delito a quien se autorice la condición de estancia de Visitante por Razones Humanitarias, se le autorizará para permanecer en el país hasta que concluya el proceso, al término del cual deberán salir del país o solicitar una nueva condición de estancia,<sup>201</sup>

El enfoque administrativo de la migración evidencia que existe un dualismo entre los conceptos de amigo y enemigo, es decir, entre migrante regular y migrante irregular, entre ciudadano y no ciudadano, lo cual demuestra nuevamente que el derecho a la movilidad humana se reserva a los migrantes regulares, a los ciudadanos de determinados países, a los migrantes amigos, esto en razón de la ambivalencia de la norma jurídica.

Para los extranjeros que se encuentren irregularmente en el territorio nacional, el Instituto Nacional de Migración contará con los mecanismos de retorno asistido y deportación para hacer abandonar el país, estos procedimientos deberán realizarse siempre de manera segura, digna, ordenada y humana.

---

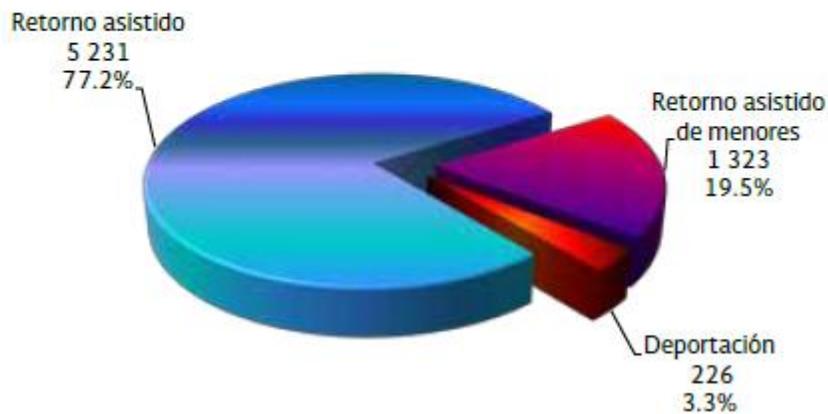
<sup>201</sup> Artículo 52 fracción V de la ley de Migración.

Podrán solicitar el beneficio del retorno asistido los extranjeros que se ubiquen en los siguientes supuestos:

- I. Se encuentren irregularmente en el territorio nacional, a disposición del Instituto, y
- II. No exista restricción legal emitida por autoridad competente para que abandonen el país.<sup>202</sup>

En el caso de que el extranjero decida no solicitar el beneficio del retorno asistido, se procederá a su presentación para ser deportado, la mayoría de los migrantes irregulares que fueron presentados ante la autoridad migratoria optan por el procedimiento de retorno asistido antes que el procedimiento de deportación, tal y como se aprecia en la siguiente gráfica del mes de enero del 2018:

### 3.13 EVENTOS DE EXTRANJEROS DEVUELTOS POR LA AUTORIDAD MIGRATORIA MEXICANA, SEGÚN TIPO DE RESOLUCIÓN, ENERO DE 2018<sup>P</sup>



Cuadro: Unidad de Política Migratoria, Síntesis 2018

<sup>202</sup> Artículo 118 de la ley de Migración.

La diferencia sustancial entre estos dos procedimientos radica en que el retorno asistido se llevará a cabo a petición expresa del extranjero y durante el trámite contara con los siguientes derechos:

- I. Ser informado de su derecho a recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella. En caso de que el extranjero desee recibir la protección de su representación consular, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;
- II. Recibir información acerca de la posibilidad de permanecer en el país de manera regular, así como del procedimiento de retorno asistido, incluyendo aquella relativa a los recursos jurídicos disponibles;
- III. Avisar a sus familiares, representante legal o persona de su confianza, ya sea en territorio nacional o fuera de éste, para tal efecto, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;
- IV. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, para el caso de que no hable o no entienda el español;
- V. Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio;
- VI. Que el Instituto se cerciore que el extranjero posee la nacionalidad o residencia regular del país receptor;
- VII. Ser trasladado junto con sus efectos personales, y
- VIII. Que en el caso de que el extranjero sea rechazado por el país de destino, sea devuelto al territorio de los Estados Unidos Mexicanos para que el Instituto defina su situación migratoria.<sup>203</sup>

Por su parte en el procedimiento de deportación los extranjeros tendrán los siguientes derechos:

- I. Ser notificados del inicio del procedimiento administrativo migratorio;

---

<sup>203</sup> Artículo 119 de la ley de Migración.

II. Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ésta, excepto en el caso de que hayan solicitado el asilo político o el reconocimiento de la condición de refugiado. En caso de que el extranjero desee recibir la protección de su representación consular, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

III. Avisar a sus familiares o persona de confianza, ya sea en territorio nacional o fuera de éste, para tal efecto se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

IV. Recibir información acerca del procedimiento de deportación, así como del derecho de interponer un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto;

V. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, para el caso de que no hable o no entienda el español, y

VI. Recibir asesoría legal.<sup>204</sup>

El extranjero que es sujeto a un procedimiento administrativo migratorio de retorno asistido o de deportación, permanecerá presentado en la estación migratoria, el retorno asistido y la deportación no podrán realizarse más que al país de origen o de residencia del extranjero, exceptuando el caso de quienes hayan solicitado el asilo político o el reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso se observará el principio de no devolución.<sup>205</sup>

En todo caso, el Instituto Nacional de migración proporcionará los medios de transporte necesarios para el traslado de los extranjeros al país de origen o de residencia. Asimismo, deberá preverse el suministro de agua potable y de alimentos necesarios durante el trayecto. En ambos mecanismos, retorno asistido y deportación los extranjeros deberán estar acompañados por las autoridades migratorias mexicanas, las cuales deberán en todo momento respetar los derechos humanos de los extranjeros.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Artículo 122 de la ley de Migración.

<sup>205</sup> Artículo 121 de la ley de Migración.

<sup>206</sup> Artículo 123 de la ley de Migración.

No es de sorprender que la mayoría de extranjeros devueltos por la autoridad migratoria, más del 95%, sean de nacionalidad guatemalteca, hondureña y salvadoreña tal y como se evidencia a continuación:

3.11 EVENTOS DE EXTRANJEROS DEVUELTOS POR LA AUTORIDAD MIGRATORIA MEXICANA, SEGÚN PAÍS DE NACIONALIDAD, ENERO DE 2018<sup>B</sup>



Cuadro: Unidad de Política Migratoria, “Síntesis 2018”

### 3.2 Violencia y discriminación contra los migrantes

Se ha sido reiterativo, por su importancia, en la cuestión de que la discriminación surge a partir de estereotipos, es un hecho comprobado que los migrantes no son personas totalmente aceptadas por la sociedad.

Esta cuestión queda de manifiesto si se observan los resultados de la Encuesta Nacional de Migración<sup>207</sup> misma que es realizada por el Departamento de Investigación Aplicada y Opinión del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, publicada en la colección *Los mexicanos vistos por sí mismos, los grandes temas nacionales*.

La pregunta número 4 de la encuesta citada anteriormente se formuló de la siguiente manera:

<sup>207</sup> Disponible en internet en la página electrónica: [http://www.losmexicanos.unam.mx/migracion/encuesta\\_nacional/cuestionario/Encuesta\\_Nacional\\_de\\_Migracion.pdf](http://www.losmexicanos.unam.mx/migracion/encuesta_nacional/cuestionario/Encuesta_Nacional_de_Migracion.pdf), consultado el día 03/03/2018 a las 15:29.

Con la palabra maíz, yo asocio comida, mercado, animales. ¿Podría decirme, por favor, tres palabras que asocie con la palabra migrante?

Los resultados que arrojó la encuesta fue un grupo de 60 palabras que han sido acomodados en la siguiente tabla de acuerdo a la frecuencia en que fueron repetidas:

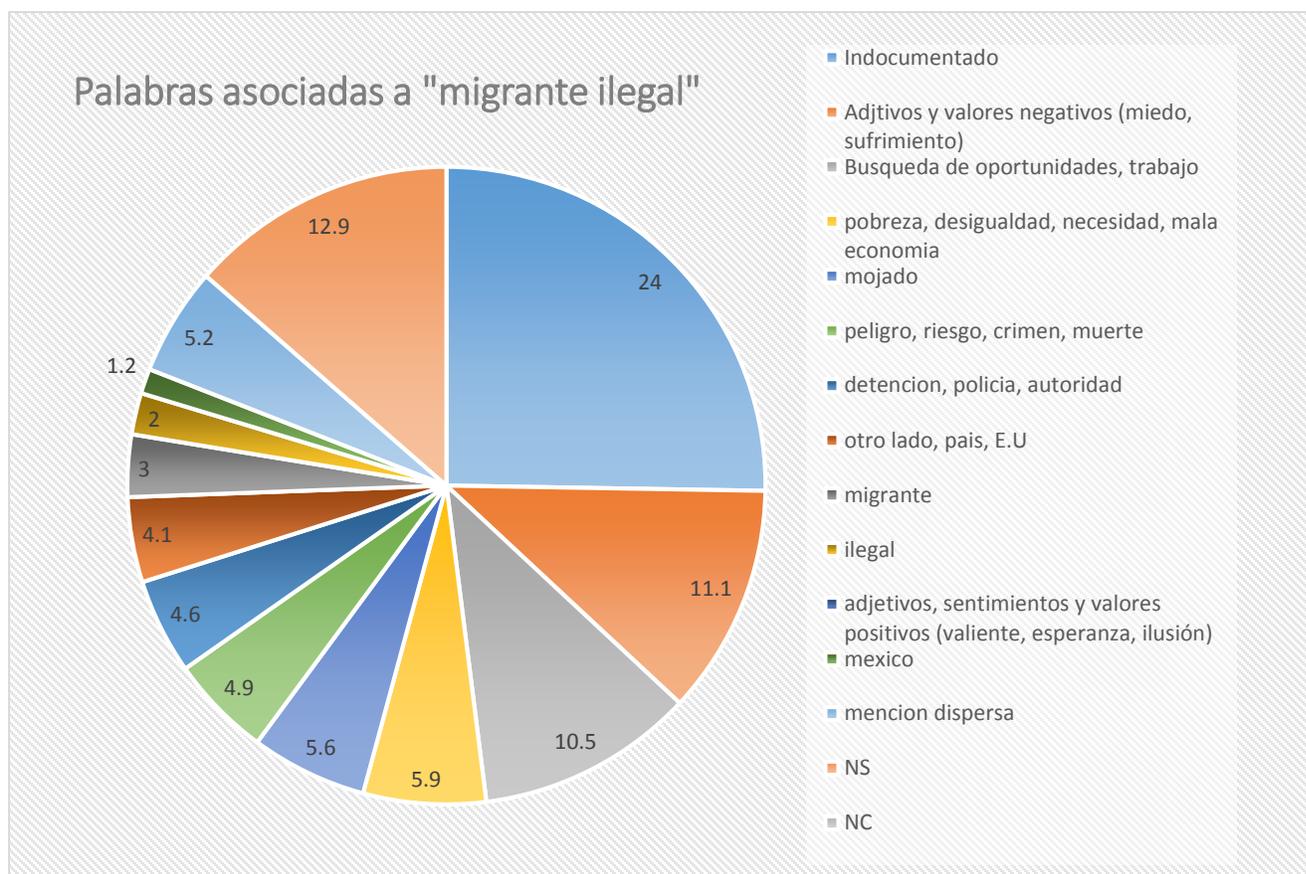
Pobreza	Desempleo	Ilegal	Trabajo	Mojado	Indocumentado
EE.UU.	Oportunidad	Extranjero	Frontera	Necesidad	Viajero
Persona	Peligro	Trabajador	Otro País	Discriminación	Dinero
Hambre	Inseguridad	Muerte	Ir	Salir	Pobre
De Otro País	Delincuente	Economía	Sufrimiento	Empleo	Desempleado
Viajar	Abandono	Gente	Mejorar	Migración	Sin Papeles
Otro Lado	Cambio de ciudad	Cambio	Cambio de residencia	Sueño Americano	Falta De Oportunidades
Futuro	Riesgo	Familia	Tristeza	Violencia	Esperanza
País	Paisano	Mexicano	Desierto	México	Lejos
Viaje	Emigrar	Migrar	Sueño	Policía	Desaparición

Cuadro elaborado por el autor con base en Encuesta Nacional de Migración.

De la misma manera se preguntó en esta encuesta la opinión de las personas respecto de los migrantes ilegales, la pregunta número 8 fue formulada de la siguiente manera:

Con la palabra maíz, yo asocio comida, mercado, animales. ¿Podría decirme, por favor, una palabra que asocie con la expresión migrante ilegal?

Los resultados fueron los siguientes, representados a continuación en una gráfica circular en la que se expresa el porcentaje de cada palabra.



Grafica elaborado por el autor con base en Encuesta Nacional de Migración.

Así mismo se le pregunto a las personas en esta encuesta respecto de las impresiones que tienen tanto de la frontera sur como de la frontera norte del país, la pregunta número 11 fue formulada de la siguiente manera: ¿podría decirme, por favor, una palabra que asocie con la expresión “frontera norte de México”? Por su parte la pregunta número 12 se realizó de la siguiente forma: ¿podría decirme, por favor, una palabra que asocie con la expresión “frontera sur de México”?

Respecto de la frontera norte las personas dieron principalmente las siguientes respuestas: *migrantes, narcotráfico, Tamaulipas, corrupción, sueño americano, muro, desierto, gringos, droga, dólares, migra, delincuentes, ilegales,*

*mojados, trata de personas, violencia, peligro, Texas, Juárez, narcos, pobreza, dinero, río bravo, policías, economía, límites, discriminación, etc.*<sup>208</sup>

Respecto de la frontera sur las personas dieron principalmente las siguientes respuestas: *migrantes, pobreza, peligro, guatemaltecos, discriminación, indocumentados, maras, injusticia, muerte, la bestia, inseguridad, salvadoreños, delincuencia, sur, centroamericanos, desempleo, trata de personas, sin vigilancia, abusos, contrabando, etc.*<sup>209</sup>

Los migrantes por sus características son considerados un grupo vulnerable y en muchas ocasiones estas personas son discriminadas en razón de la generación de estereotipos que se han establecido en la sociedad.

Los factores de vulnerabilidad se acumulan, es decir un migrante es doblemente vulnerable si es mujer o si es menor de edad ya sea niño, niña o adolescente no acompañado, es doblemente vulnerable si pertenece a un grupo indígena o si es afro-descendiente, si se encuentra en situación de calle o si esta privado de su libertad, como en el caso de los migrantes dentro las estaciones migratorias.

La criminalización surge en razón de su condición de vulnerabilidad, es decir, por la violencia y las múltiples violaciones a derechos humanos que sufren estas personas, lo cual al mismo justifica su desechabilidad dentro de una sociedad llena de estereotipos.

Por otra parte el tema de la violencia contra el migrante es una cuestión latente, existen miles de ejemplos de migrantes irregulares que en su trayecto por el país han sufrido alguna clase de violencia, quizá en materia criminal la masacre de San Fernando representa el hecho más simbólicos y lamentable de los asesinatos masivos de migrantes irregulares, en donde decenas de cadáveres, 72

---

<sup>208</sup> Caicedo Riascos, Maritza y Morales Mena, Agustín, *Imaginario de la migración internacional en México.*, óp. Cit., Pág. 58.

<sup>209</sup> *ídem*, Pág. 59.

para ser exactos, fueron encontrados en fosas clandestinas del municipio de San Fernando en el Estado de Tamaulipas, al norte del país en agosto del 2010.

San Fernando no es el único caso de matanzas de migrantes, pero si quizá, uno de los más conocidos. El 25 de agosto de 2010, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México radicó de oficio ese expediente y en su oportunidad emitió la recomendación 80/2013 al acreditarse violaciones a derechos humanos.

Recientemente en el año 2017, la CNDH recalificó la masacre de San Fernando, pues considera que hubo violaciones graves a derechos humanos y exigió al Estado mexicano que reconozca las omisiones y faltas cometidas durante la investigación, así mismo hizo público el expediente que fue abierto por el asesinato de estos migrantes.<sup>210</sup>

La Comisión ha emitido un sinnúmero de recomendaciones en relación al tema migratorio, estas, evidencian la violencia y discriminación que sufren los migrantes, no solo por parte de la sociedad sino también por parte de algunas autoridades, solo en 2017 la CNDH emitió 18 recomendaciones y una Recomendación por Violaciones Graves únicamente en materia migratoria.<sup>211</sup>

La Violación grave a la que se hace referencia en el párrafo anterior es la número 8VG/2017, esta fue emitida el 18 de octubre de 2017 y versa sobre la investigación de violaciones graves a los derechos humanos, a la seguridad ciudadana y de acceso a la justicia en su modalidad de procuración, en agravio de las 49 personas halladas sin vida en el Municipio de Cadereyta, Nuevo León.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Disponible en internet en la dirección electrónica: <https://www.proceso.com.mx/492965/la-cndh-recalifica-la-masacre-san-fernando-hubo-violaciones-graves-a-derechos-humanos-dice>, consultado el día 09/04/2018 a las 11:31.

<sup>211</sup> Disponible en internet en la dirección electrónica: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=30055>, consultado el día 16/04/2018 a las 23:49.

<sup>212</sup> Disponible en internet en la dirección electrónica: [http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/nodos/30319/content/files/Migrantes\\_R](http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/nodos/30319/content/files/Migrantes_R)

La mayoría de las recomendaciones del año 2018 van dirigidas al Instituto Nacional de Migración (INM), a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), la Policía Federal (PF), la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), la Procuraduría General de la República (PGR), la Secretaría de Marina (SEMAR), la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA), la Secretaría de Seguridad Pública de algunos Estados del sur del país y a la Comisión Nacional de Seguridad.

Es importante establecer que a pesar de que las 19 recomendaciones emitidas por la CNDH parecieran ser pocas, estas no representan el número total de violaciones de derechos humanos, sino que solo evidencian su existencia, esto en razón de que no todos los casos son denunciados, incluso la mayoría no lo son, quizá por desconocimiento o ignorancia del migrante respecto de sus derechos.

Aunado a lo anterior, no siempre se emite una recomendación de los casos que se denuncian, como si las recomendaciones fuesen una especie de acuse de recibido, sino que la propia CNDH realiza un estudio y solo emite una cuando considera que realmente existió violación a derechos humanos.

Incluso aunque las 19 recomendaciones representaran el número total de violaciones a derechos humanos, podría pensarse que siguen siendo muchas en razón de que no debería de existir ni una sola, cada una de ellas pareciera una historia ficticia de terror de la que nadie quisiera ser protagonista.

La recomendación número 54/2012 emitida en contra del Instituto Nacional de Migración, evidencia no solo otra modalidad de violencia, sino también de corrupción, en ella se documenta el caso de una chica hondureña de 15 años de edad a la que un delegado del Instituto le ofrece regularizar su estancia en el país a cambio de favores sexuales.

Lo comentado anteriormente no es un raro caso aislado, este tipo de abusos son constantes, otra recomendación de la CNDH que lo evidencia, es la número 17/2014 en la cual se narra que otro delegado del Instituto, en estado de ebriedad,

---

ecomendaciones%20por%20Violaciones%20Graves%202017.pdf, consultado el día 16/04/2018 a las 18:47.

abusó sexualmente de otra chica hondureña de 16 años, cuando esta estaba bajo su custodia por estar sujeta al trámite de retorno asistido

Este tipo de casos son una realidad, lo triste es pensar en que los migrantes no solo son víctimas de delitos y discriminación por parte de la sociedad, sino también son víctimas de funcionarios públicos, si pensamos en que no todos los casos llegan a difundirse o documentarse, que no todos alcanzan esa relevancia o trascendencia, da miedo imaginar el número de abusos reales contra estas personas.

En el tema migratorio los rasgos fisionómicos son otro factor que juega en contra de estas personas, no solo los centroamericanos padecen de discriminación, sino también algunos mexicanos dentro de su propio país esto en razón de su apariencia física.

Ser de piel morena y estatura baja genera discriminación, al sur del país resulta casi imposible para un mexicano con rasgos físicos parecidos a los de los centroamericanos salir a la calle sin un documento que acredite su nacionalidad, recordemos que todas las personas están obligadas a identificarse en caso de ser detenidos por una autoridad migratoria, el mexicano que no porte con él un documento que acredite su nacionalidad seguramente pasará un mal rato.

Al norte sucede lo mismo, la detención para ser revisados que se presenta más frecuentemente, es hacia personas cuyas características físicas proyecten ser centroamericanos.

Tanto personal de migración y diversas autoridades como la Policía Federal vulneran el principio de credibilidad y privilegia en su lugar el principio de duda o sospecha, esto en razón de que están empeñadas en capturar al mayor número de migrantes irregulares.

La CNDH probó que las revisiones migratorias de estancia y resolución orientadas a extranjeros internados ilegalmente en el país también afectan a ciudadanos mexicanos, sobre todo a los más vulnerables por carácter de

documentos de identidad o no hablar español. Tratar a mexicanos como si fueran extranjeros en su país conllevó humillaciones y diversas vejaciones.<sup>213</sup>

Todo lo comentado en este apartado deja de manifiesto la violencia y discriminación que sufren estas personas, sin embargo, el verdadero reto no es evidenciar su existencia, incluso esto es un hecho comúnmente conocido dentro de los miembros de la sociedad, un verdadero objetivo difícil de alcanzar sería plantear formas de erradicar el problema.

Lo comentado en el párrafo anterior no podrá hacerse de manera aislada, las soluciones a todos los problemas que conllevan la migración irregular solo podrán atacarse de manera integral, la solución de un problema mayor lleva implícitamente aparejada la solución de otro problema menor, derivado del primero.

Si atacas el verdadero problema, su raíz o esencia, paralelamente estas atacando los problemas que derivan de este, la prueba más difícil del presente trabajo de investigación se vislumbra en el próximo capítulo, plantear una solución poco viable teñirá de absurda la investigación

Identificar el problema, evidenciar las causas y pronosticar las posibles consecuencias, también es una forma de aportar a la ciencia jurídica, sin embargo este trabajo pretende ser propositivo, lo que representa un verdadero reto en un tema tan complejo como lo es la migración.

---

<sup>213</sup> Anaya Cooley, Ignacio E; “En la era Trump... El reto migratorio esta al sur”, óp. Cit, Pág. 14.

## **CAPITULO IV**

# **LOS DERECHOS DEL MIGRANTE COMO VÍCTIMA DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS**

### **4.1 El delito de tráfico de personas en México**

Este último capítulo del presente trabajo de investigación constituye el principal reto del mismo, además de conjuntar los capítulos anteriores en donde se ha identificado y descrito el problema, pretende de igual manera pronosticar las posibles consecuencias del fenómeno migratorio en México, con base en ello, elaborar conclusiones y propuestas viables, de esta forma se pretende no limitarse solo a la descripción del problema.

Es importante mencionar que cualquier propuesta supuestamente inviable parecería teñir de absurda esta investigación, la complejidad de esto radica en que el problema migratorio no es solo jurídico, sino también es un problema social, económico, político y cultural, por este motivo ha sido utilizada una teoría sociológica como lo es la teoría de sistemas sociales en la base teórica del mismo.

Los problemas complejos requieren soluciones complejas, sin embargo, ser demasiado optimista en la elaboración de planteamientos podría materializar un grave error, no obstante, la probabilidad de perder la lucha no debe disuadirnos de apoyar las causas que se consideran justas, el abogado debe utilizar la ciencia jurídica como una herramienta al cambio.

Respecto del delito de tráfico de personas por su importancia nuevamente se tiene que ser reiterativo y establecer el hecho de que migrar no es un delito, la acción punible, es decir, el acto que es susceptible de ser castigado, es el lucro que se obtiene de la necesidad de las personas que migran, o dicho en otras palabras, cobrar dinero a un migrante a cambio de ayudarlo de alguna manera.

Sin el ánimo de repetir muchas cuestiones se mencionaran diversos aspectos que ya fueron analizadas en el segundo capítulo del presente texto, esto para la

mejor comprensión del mismo, un buen punto de partida sería recordar que el bien jurídico tutelado de este tipo penal declara la protección del migrante irregular, a partir de la premisa anterior un buen primer cuestionamiento sería ¿intentamos protegerlos o el Estado intenta protegerse de ellos?

La anterior pregunta parece haber sido respondida al menos de manera parcial en el primer capítulo en el apartado denominado *El derecho internacional de los derechos humanos vs seguridad nacional*, en donde se establecieron las causas del porque el derecho a migrar es un derecho limitado, estos dos conceptos son paradigmas opuestos, en donde el segundo, es decir, el derecho de los Estados a decidir quién puede ingresar a su territorio, restringe al primer derecho, el de los migrantes a realizar movimientos internacionales.

La esencia misma de los derechos humanos establece que estos, son derechos inherentes a todas las personas, con independencia de su nacionalidad o su ciudadanía, de igual manera esto fue abordado en el primer capítulo en el apartado titulado *la ciudadanía como limitante de los derechos del migrante*.

Se comenta lo anterior para situarse nuevamente en el contexto idóneo para la adecuada comprensión del tema, sin embargo, el presente capítulo pretende cuestionarse no solo si se logra garantizar la protección de los migrantes con la tipificación del delito de tráfico de personas, sino también y más importante aún: ¿es el derecho penal el medio idóneo para el combate a la migración? ¿Se debe realmente combatir la migración? Lo anterior abordándose desde una perspectiva más general.

Lo primero que tendríamos que preguntarnos es: ¿Qué papel juega el derecho penal en el fenómeno migratorio? O como se cuestiona la Doctora Margarita Martínez Escamilla, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid e investigadora principal del proyecto de investigación

*Movilidad humana: entre los derechos y la criminalización. ¿Se protegen mediante la contención de la inmigración irregular intereses necesitados de tutela penal?* <sup>214</sup>

En su obra la profesora Martínez Escamilla menciona que la actividad legislativa, ha introducido tipicidades para proteger intereses colectivos tales como la hacienda pública, el medio ambiente, la seguridad social, la seguridad colectiva, entre otros, cuyos intereses protegidos son supraindividuales, con ello se dificulta identificar el verdadero bien jurídico que se tutela.

Por ejemplo, en otros delitos como el homicidio es fácil identificar que el bien jurídico que se tutela es la vida; en el delito de robo se protege el patrimonio; en el delito de secuestro se protege la libertad personal, y así sucesivamente en el resto de delitos que protegen intereses individuales; pero en delitos de interés colectivo resulta más difícil por la complejidad del tipo penal identificar los verdaderos intereses que se persiguen, de ahí el término de intereses difusos.

A lo largo de este cuarto capítulo se retomaran diversas cuestiones del segundo, esto en razón de que es ahí donde se describió y analizo desde la perspectiva del positivismo jurídico el delito de tráfico de personas en México. La jurisprudencia mexicana establece que el bien jurídico que protege o pretende proteger este delito es la seguridad de los nacionales o extranjeros que intentan ingresar a otro país sin la documentación correspondiente.

Esto evidencia lo mencionado por la profesora Martínez Escamilla, es difícil tener la certeza de que esa sea la verdadera intención del legislador ¿castigando al traficante se pretende proteger al migrante? Una respuesta afirmativa daría lugar a muchos otros cuestionamientos, desde la perspectiva de la seguridad nacional se podría pensar incluso que no se castiga al traficante por poner en riesgo al migrante, sino que lo castiga por ayudarlo a internarse de manera irregular a otro Estado.

---

<sup>214</sup> Martínez Escamilla, Margarita, *La Inmigración como delito*, Barcelona, Colección Atelier Penal, 2007. Pág. 83.

Suponiendo que así fuese y que la intención del legislador sea emplear la norma penal como factor de intimidación respecto del traficante, y con ello paralelamente la intención de la ley sea no exponer a los migrantes a todos los riesgos a los que se enfrentan en el camino de la irregularidad (de los cuales algunos ya fueron comentados en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación), lo siguiente que habría que cuestionarse es: ¿se logra esto realmente?

El mensaje que se manda no es congruente, si con la tipificación del delito de tráfico de personas no se logra la protección al migrante, sería viable considerar que es la seguridad nacional o el orden migratorio el bien jurídico tutelado, esto tendría mayor sentido en razón de que la migración irregular atenta contra los intereses del Estado, esto en materia de seguridad, con independencia del derecho a migrar de las personas, ejercible siempre y cuando esa migración se realice de manera regular.

Las políticas migratorias restrictivas y la tipificación del delito de tráfico de personas generan un miedo no solo al traficante, sino también y más importante aún, se produce un miedo al migrante.

Sánchez Sandoval considera que: *En el mundo occidental, recurrir a la producción del miedo, ha sido el camino más sencillo para lograr la sumisión de otros, porque quienes lo promueven se proyectan como los salvadores.*<sup>215</sup>

La idea de las actuales políticas migratorias de proteger al migrante a partir de un riesgo generado por el propio gobierno es realmente absurda. Se tiene que develar el discurso falaz de los derechos humanos en materia migratoria y evidenciar que no es el área penal el camino idóneo para la protección de estas personas.

---

<sup>215</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, "La Tanato-Política" México, Fes Acatlán, 2016, pág. 21

Considerar que el bien jurídico tutelado del delito de tráfico de personas no es la seguridad de los migrantes sino la seguridad nacional o el orden migratorio, otorgaría mayor congruencia a la norma jurídica.

Aunado a lo anterior si se dice que el bien jurídico que tutela el delito de tráfico de personas en México es la seguridad del migrante, se tendría paralelamente que reconocer que la tipificación de este delito no cumple con su objetivo.

En tanto que reconocer que el bien jurídico que tutela el delito de tráfico de personas en México es la seguridad de la nación o el orden migratorio, otorgaría mayor coherencia tanto al discurso de derechos humanos como al de seguridad nacional, lo anterior en razón de que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho de las personas a emigrar, mas no así el de inmigrar dejando esa facultad al libre albedrío del Estado por cuestiones precisamente de seguridad nacional, entre otros.

El factor de intimidación y la amenaza de sanción para el traficante por parte del Estado a partir de la tipificación del delito de tráfico de personas parecieran no arrojar resultados positivos a la disminución de flujos migratorios, más aun si se piensa que ni siquiera es considerado un delito grave, sin embargo las políticas migratorias restrictivas lo que generan es orillar al mígrate a la ilicitud y a la necesidad de recurrir a los servicios ofrecidos por los traficantes.

Llegados hasta aquí, se considera que es el momento adecuado para adelantar que la regulación de este delito sería un sin sentido si se utilizaran otras prácticas para proteger al migrante.

La migración regular es el medio idóneo para ejercer el derecho a inmigrar a un Estado del que no se es nacional, debiéndose en todos los casos otorgar a las personas las garantías necesarias para ejercer ese derecho, la migración irregular si bien no es un delito si tiene consecuencias no solo jurídicas sino sociales, económicas, culturales y políticas.

Una de las principales consecuencias que se generan, comentadas en el párrafo anterior, es la discriminación, aspecto también abordado en el tercer capítulo de la presente investigación, al respecto Ferrajoli comenta lo siguiente en relación al racismo:

Las razas no existen; son un invento de la subcultura occidental, como lo han demostrado las investigaciones sobre el genoma humano. [...] Se inventó la antropología de la desigualdad: la idea de que algunas categorías de personas, a causa de algunas características naturales, sean no solo diversas, sino inferiores humanamente, o moralmente, o intelectualmente, o socialmente; o quizá inferiores porque se consideran incivilizadas, o extrañas y por tanto peligrosas para la seguridad común. <sup>216</sup>

Hoy día el sistema social opera a partir de riesgos que funcionan mediante mecanismos de inclusión y exclusión, luego entonces se debiera cambiar la dinámica de violencia por una dinámica inclusiva.

Si se piensa que la causa de que personas realicen movimientos irregulares se debe a que en la regularidad no han encontrado respuestas favorables a sus intereses, debe pensarse también que al menos en el flujo migratorio que se observa en México, los centroamericanos (incluyendo principalmente a Honduras, Guatemala y el Salvador) que tienen la intención de llegar a los Estados Unidos, se encuentran obstaculizados si desean hacerlo de manera regular ya que necesitarían cruzar dos fronteras y por ende realizar dos trámites migratorios (México y Estados Unidos).

Si en alguno de esos trámites por determinada cuestión no se les concede el derecho a internarse en el país al cual pretenden ingresar, evidentemente no podrán llegar al destino que pretendían, con ello su derecho a migrar no será un derecho real, es por eso que se ven orillados a la clandestinidad y es justo ahí donde estas

---

<sup>216</sup> Ferrajoli, Luigi, “Desigualdad y racismo”, en Sánchez Sandoval, Augusto (Coord.), “La Tanato-Política”, México, Fes Acatlán, 2016, pág. 129.

personas son más vulnerables, ahí es donde se le violentan la mayoría de sus derechos.

El fenómeno migratorio es cambiante y constantemente evoluciona, en algunas ocasiones sigue determinados patrones pero siempre es distinto en pequeños matices, esto se determina de acuerdo a circunstancias actuales como por ejemplo la seguridad, la economía o las políticas públicas de ese momento.

Si bien he cierto que el flujo migratorio en México es de los de mayor tradición en la historia de la humanidad, también lo es que en el momento en el que se escribe este trabajo de investigación acontece algo histórico en el país, muy probablemente en un futuro esto sea obsoleto, pero hoy el Estado mexicano es testigo de algo nunca antes visto en materia de migración.

A inicios del año 2018 se conformó una caminata de ciudadanos centroamericanos, con aspiraciones de llegar a los Estados Unidos de América. Basta con poner en cualquier buscador de internet la palabra *caravana migrante* e inmediatamente se tendrán cientos de resultados, se podría profundizar al respecto pero carece de sentido y se perdería el objeto de este trabajo.

Los motivos de este acontecimiento podrían ser muchos, por ejemplo, el cambio en las políticas migratorias con el actual presidente de Estados Unidos pudo haber dificultado el ingreso irregular de los migrantes centroamericanos que conformo una especie de olla de presión que termino por estallar, otra teoría aceptable podría ser que el incremento de violencia en sus países de origen orillo a estas personas a salir.

Sea cual sea el motivo carece de sentido (para esta investigación) identificarlo, lo realmente importante es que están ahí hoy y ahora, que estas personas han ingresado a México, transitan por el país y otras más siguen aún intentado ingresar, esto con el objetivo dicen, de dirigirse a los Estados Unidos de América y solicitar refugio humanitario.

No puede ser considerada democrática una política migratoria que no represente los intereses de las mayorías. Existe una pretensión por parte de las poblaciones marginadas, debidamente justificada, la cual consiste en ser incluidas en las condiciones de vida digna.

Lo que a esta investigación le interesa en relación a la caravana migrante es evidenciar muchas de las cuestiones ya comentadas a lo largo del texto. En primer lugar es interesante analizar la postura del gobierno Mexicano ante tal acontecimiento, hay que mencionar que el gobierno de los Estados Unidos le solicito al primero que detuviera el paso de los migrantes centroamericanos en su frontera sur.

El presidente de los Estados Unidos ofreció apoyo económico para tal efecto, aclaró que no se ofrecía dinero gubernamental, sino recaudaciones de fondos privados, el gobierno mexicano rechazo dicha propuesta, y manifestó que la política migratoria de México la define México. El entonces secretario de Gobernación, Alfonso Navarrete Prida, manifestó que no se le haría el *trabajo sucio* a los Estados Unidos.<sup>217</sup>

Lo mencionado en el párrafo anterior evidencia nuevamente la relación de los diversos sistemas sociales que componen el complejo sistema social, el sistema jurídico, económico y político, conviven y se comunican constantemente; esto hace que inevitablemente influyan el uno en el otro.

La postura del gobierno mexicano ha sido la adecuada, esto desde la perspectiva de derechos humanos, el mensaje es congruente, y no solo eso, sino que también firme ante las constantes amenazas del gobierno de los Estados Unidos, la acción tomada es sumamente defendible desde las diferentes ópticas en

---

<sup>217</sup> Nota periodística consultada en internet, disponible en la dirección <https://www.animalpolitico.com/2018/10/trump-dinero-migrantes-segob/>, consultada el día 20 de octubre de 2018 a las 18:40.

que se puede estudiar, haber tomado una decisión contraria pudo haber sido objetos de muchas críticas por parte de la comunidad internacional.

El 19 de octubre del año 2018 el entonces presidente de México Enrique Peña Nieto dio un mensaje en el que manifestó oficialmente la postura del gobierno mexicano, en este discurso se mencionó principalmente lo siguiente:

México es una nación que conoce y vive las condiciones y retos de la migración, como país de origen, tránsito, destino y retorno de personas, sabemos que quienes deciden dejar su lugar de origen en busca de mejores condiciones de vida enfrentan una gran vulnerabilidad, por eso nuestras leyes ponen al migrante y a la protección de sus derechos humanos en el centro, buscamos en todo momento que la migración sea segura, regular y ordenada.<sup>218</sup>

El presidente menciona además que toda persona que deseara ingresar al territorio nacional podría hacerlo, y podría además solicitar el reconocimiento de refugiado, informo que se solicitó apoyo a la Organización de las Naciones Unidas para tal efecto, y que se dio la instrucción a la Secretaria de Gobernación y de Relaciones Exteriores de mantener dialogo con la caravana a fin de garantizar condiciones de seguridad y de migración ordenada.

Advirtió que como cualquier país soberano, México no permitiría el ingreso a su territorio de manera irregular y mucho menos de forma violenta, ya que eso no solo atenta contra la soberanía nacional sino que además pone en riesgo a los propios migrantes, Peña Nieto estableció que se mantenía la disposición de apoyar a estas personas.

Posterior a estas declaraciones se suscitaron diversos hechos, ingresaron al país cientos de migrantes centroamericanos, tanto de manera regular como de

---

<sup>218</sup> Informe presidencial, video disponible en internet en la dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=R4I5ehgvy1c>, consultada el día 23 de octubre de 2018 a las 19:40.

manera irregular, acto seguido, la sociedad civil mexicana se expresó, de inmediato se dejaron entrever en todo tipo de medios de comunicación y redes sociales las opiniones divididas del pueblo mexicano.

Por un lado lo que se piensa es, una minoría de personas que son empáticas para con los migrantes y apoyan su causa, por el otro, personas que expresaron su inconformidad ante su llegada. Se podían apreciar todo tipo de comentarios que hacían cobrar vida a los datos proporcionados en el capítulo tercero, en donde la Encuesta Nacional de Migración revelo que existe una gran cantidad de estereotipos respecto de estas personas.

Se calificó a los migrantes centroamericanos como peligrosos, como delincuentes, como personas nocivas, como violentos; en conclusión, no todos estaban felices con su llegada, se polarizaron dos grandes grupos, unos en pro del migrante y otros en contra, esto pone de manifiesto que el problema migratorio no solo es jurídico, económico o político, sino también cultural y social.

Se mencionó con anterioridad, pero es prudente recordar que el primer factor de vulnerabilidad es la generación de estereotipos, el tema aquí es que la migración irregular dificulta el ejercicio de otros derechos de los que todas las personas en general ya son titulares tales como la dignidad, la vida, la libertad y la igualdad, los cuales son derechos fundamentales.

Los estereotipos generan una afectación directa a la dignidad de los migrantes, entendiéndose esta como un bien jurídico individual que al ser vulnerado repercute de forma colectiva, calificar negativamente a un migrante genera un proceso de despersonalización contrario al principio de igualdad.<sup>219</sup>

Los derechos humanos han surgido siempre de la resistencia a la arbitrariedad, a la opresión y a la humillación. La dignidad es la fuente moral de la que se nutren los contenidos de todos los derechos fundamentales. La

---

<sup>219</sup> Pérez Cepeda, Ana Isabel, *Globalización tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 175

apelación a los derechos humanos se alimenta de la indignación de los ultrajados por la lesión a su dignidad humana. La dignidad humana, que en todo lugar y para todo individuo es una y la misma, fundamenta la indivisibilidad de los derechos fundamentales.<sup>220</sup>

Luego entonces cualquier persona que haya reclamado un trato igualitario y luchado a favor de esa causa debiese ser empático para quien también reclama el mismo trato, con independencia de que cada persona sea de diferente raza, edad, sexo, creencia religiosa, condición socioeconómica, grado académico o nacionalidad, todos desde una perspectiva general somos iguales.

Es ilógico pensar que se puede negociar con el principio de igualdad, un homosexual que lucha por un trato igualitario no podría estar en contra de los migrantes, esto sería incongruente, una mujer que se haya indignado por la desigualdad laboral no debiese estar en contra de los migrantes, alguien a quien le fue negada una visa no puede asumir una postura en contra de la migración, no se puede alegar el principio de igualdad a conveniencia, no se debiera luchar por la igualdad solo en beneficio de intereses propios.

La ideología de las personas y la generación de estereotipos son consecuencia de los aparatos ideológicos del Estado, tema abordado de igual forma en el primer capítulo del presente texto. La inmigración se percibe como una amenaza, pero las supuestas repercusiones que conlleva la migración son en su mayoría infundadas.

Los tópicos sociales que se repiten con mayor frecuencia perciben a los migrantes como una merma a la seguridad ciudadana, esto porque se les relaciona con un aumento en la delincuencia y un incremento de los gastos públicos, en consecuencia, existe rechazo social para con estas personas.<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> Habermas, Jürgen, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos” *Diánoia*, México, Mayo 2010, vol. 55, no.64, Pág. 108.

<sup>221</sup> Martínez Escamilla, Margarita, *La Inmigración como delito*, óp. Cit., Pág. 86.

Como se ha mencionado en reiteradas ocasiones a lo largo del texto, estas personas debiesen ser consideradas como víctimas y no solo del delito de tráfico de personas, de la delincuencia organizada o del sistema social, sino también víctimas de su Estado de origen que no logro garantizarles las condiciones necesarias para el desarrollo de una vida digna.

Otro de los miedos de una parte de la sociedad mexicana es que los migrantes centroamericanos que pretenden llegar a los Estados Unidos se queden en territorio nacional, pretender predecir el futuro es absurdo, pero las declaraciones del presidente norteamericano han sido siempre en el mismo sentido, el gobierno estadounidense no va a permitir la inmigración colectiva y no otorgara la condición de refugiados a estas personas. Su discurso es congruente con sus acciones, pues el gobierno de los Estados Unidos ha militarizado su frontera con México.<sup>222</sup>

Los derechos fundamentales sólo podrán satisfacer políticamente la promesa moral de respetar la dignidad humana de cada uno, si actúan conjuntamente y de manera equilibrada en todas sus categorías. Los ciudadanos sólo pueden ejercer en igualdad de oportunidades esos derechos cuando se asegura, al mismo tiempo, que son suficientemente independientes en su existencia privada y económica y que pueden desarrollar su identidad personal en el entorno cultural deseado. Las experiencias de exclusión, miseria y discriminación nos enseñan que los derechos fundamentales clásicos sólo obtienen “el mismo valor” (Rawls) para todos los ciudadanos cuando aparecen los derechos sociales y culturales. Estas demandas se dirigen contra la ampliación de las grandes diferencias sociales y contra la exclusión de grupos enteros de la circulación global de la cultura y de la sociedad.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> Nota periodística disponible en internet en la página con dirección electrónica: <http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/eu-inicia-despliegue-militar-en-la-frontera-con-mexico>, consultada el día 8 de noviembre de 2018 a las 22:12.

<sup>223</sup> Habermas, Jurguen, “La idea de dignidad humana...” *óp. Cit.* Pág. 110

Con base en lo mencionado anteriormente se pueden generar solo dos posibles panoramas para un migrante que tiene la intención de llegar a Estados Unidos; primero, que al pretender ingresar a los Estados Unidos corra con suerte y logre ingresar, evidentemente de manera irregular y; segundo, que su intento de cruzar la frontera se frustre y se tenga que quedar en territorio mexicano.

Muy probablemente los centroamericanos seguirán intentando cruzar hasta poder lograrlo, si los intentos se convierten en constantes fracasos nuevamente se vislumbran dos posibles panoramas; primero, que opten por quedarse en territorio mexicano y; segundo, que elijan regresar a su país de origen.

Seguramente la historia de cada migrante tendrá un final diferente, como ya se mencionó anteriormente, pretender predecir el futuro es algo utópico, lo que se hace únicamente es establecer con base al panorama existente los posibles desenlaces.

Lo que es de llamar la atención es la postura del gobierno estadounidense, su total rechazo a la inmigración, la militarización en su frontera y sus políticas públicas de contención, sin duda con base en su soberanía el gobierno de los Estados Unidos tiene la facultad de dirigir su política migratoria, pero esto evidencia que la migración es un reto que ha puesto a prueba a las grandes democracias del mundo, es un tema prioritario en la agenda pública de los Estados.

Lo que pretende hacer Estados Unidos en la frontera con México es devolver a los migrantes detenidos sin identificarlos y sin instruir algún tipo de procedimiento que individualice las circunstancias personales de cada uno de ellos, algo similar a lo ocurrido en la frontera entre España y Marruecos con las denominadas *devoluciones en caliente*.

Las *devoluciones en caliente* consisten como su nombre vislumbra, en el regreso inmediato de migrantes por parte de las autoridades, a un territorio diferente al del Estado al que pretenden ingresar, en este caso las autoridades españolas expulsan a personas migrantes (en su mayoría africanos) de forma sistemática y,

en muchas ocasiones violenta, esta práctica de devoluciones automáticas vulnera dos preceptos, en primer lugar, la violación a la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros, y en segundo lugar, la violación del derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional.<sup>224</sup>

El 13 de agosto de 2014 fueron detenidos por la Guardia Civil española un grupo de personas, en su mayoría de origen africano, dentro de ese grupo se encontraban N.D. y N.T., uno marfileño y el otro de malí, esto cuando intentaban cruzar una de las vallas de la frontera sur de España, estas personas fueron inmediatamente devueltos a Marruecos, por estos actos, en fecha 3 de octubre de 2017 España fue condenada por el Tribunal Europeo.

En el caso *N.D. y N.T. vs. España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado por unanimidad al Reino de España por la violación de los derechos de los demandantes.<sup>225</sup> Esto en relación al artículo 4 del protocolo número 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual a la letra menciona: *Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.*

De igual forma la demanda presentada alega que el precepto mencionado en el párrafo anterior, se relaciona la violación al artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual establece:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido

---

<sup>224</sup> Sánchez Tomás, José Miguel, “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 65, Enero-Marzo 2018, Pág. 308.

<sup>225</sup> Sentencia de la tercera sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, correspondiente a las demandas número 8675/15 y 8697/15, caso N.D. y N.T. vs España, de fecha 03 de octubre de 2017.

cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.<sup>226</sup>

Como se mencionó con anterioridad, la migración es un verdadero reto para las grandes democracias del mundo, lo mencionado en relación al caso España es para ejemplificar que el problema es a nivel mundial, evidentemente ninguno de los países que conforman en flujo migratorio en América del Norte tiene algo que ver con el Convenio Europeo de Derechos Humanos; pero si con la Convención Americana de Derechos Humanos como se explica a continuación:

El artículo 22 de la Convención Americana Derechos Humanos ya fue abordado en el segundo capítulo del presente texto, este artículo hace referencia al *derecho de circulación y de residencia*, en específico en el numeral 9 menciona el mismo precepto: *Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros*.

Es importante recordar que la Organización de Estados Americanos, OEA por sus siglas, se conforma por 35 Estados de norte, centro y sur del continente americano, dentro de esos Estados figuran Honduras, Guatemala, El Salvador, México y Estados Unidos, quienes conforman principalmente el flujo migratorio hacia norte américa.

De los 35 Estados que integran la OEA, solo 25 han firmado y ratificado la Convención Americana de los Derechos Humanos, de los países que conforman el flujo migratorio en América del norte, todos excepto Estados Unidos ha ratificado la CADH, esto a pesar de haberla firmado.<sup>227</sup>

Quizá lo mencionado en el párrafo que antecede explique por qué México no podía impedirle el paso a la caravana migrante y Estados Unidos sí, aunque no debiese ser de esa manera, si México hubiese impedido el paso a los migrantes

---

<sup>226</sup> Artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>227</sup> Información disponible en internet en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm), consultada el día 3 de noviembre de 2018.

pudo haber sido juzgado como lo fue España; si Estados Unidos hubiese ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (la cual si firmo), también podría ser juzgado como España.

Sin importar los motivos de las políticas migratorias la solución real al problema migratorio no está en el sistema jurídico, mucho menos en el derecho penal, la solución requiere acciones de mayor dimensión, tal y como se explica en el siguiente apartado del presente capítulo.

#### **4.2 Los derechos humanos del migrante.**

Un buen punto de partida para este apartado es establecer que considerar a la migración (termino genérico) como un derecho humano constituye un error, formalmente lo es, pero materialmente no, esto en razón de que se reconoce como derecho únicamente a la emigración, más no así a la inmigración, la emigración es una cuestión de derechos humanos y la inmigración un tema de seguridad nacional.

Los derechos humanos sólo pueden alcanzar validez positiva como derechos fundamentales en una comunidad particular, en principio dentro de un Estado nacional. Su pretensión de validez universal, que se extiende más allá de todas las fronteras nacionales, sólo podría cumplirse en una comunidad inclusiva de ámbito mundial. Esta contradicción encontraría una solución racional únicamente en una sociedad global constituida democráticamente.<sup>228</sup>

Es ilógico afirmar que existe un pleno derecho de emigración sin un correlativo derecho de inmigración, la ausencia de posibilidades plenas de ingresar a un Estado plantea el verdadero problema, con ello se vislumbra la necesidad de prever un derecho más amplio o dicho de otra manera, proveer de las garantías necesarias a este derecho.

---

<sup>228</sup> Habermas, Jurguen, “La idea de dignidad humana...” *óp. cit*, Pág. 117

Con base en lo que establecen los instrumentos internacionales las personas son libres de salir de su país, pero con base en la políticas migratorias de los Estados, las mismas personas no siempre tienen el derecho de ingresar al país de su elección.

Algunas de las personas que no lograron (dentro del parámetro legal) internarse en el país de su elección, optan por la clandestinidad, inmediatamente se enfrentan a los controles migratorios en las fronteras de los países, los cuales son cada vez menos porosas, ejemplo más claro no podemos tener que el muro que pretende levantar el gobierno de los Estados Unidos con la intención de fortalecer su frontera con México.

Las fronteras se han convertido en auténticos cementerios que tienen altos costos no solo humanos sino también financieros, las cifras siempre son inexactas y muy probablemente cualquier número que se proporcione respecto de las víctimas que han cobrado las políticas migratorias actuales, este subestimado, debe pensarse además en que los numero son mas que cifras, en este tema las cifras son personas, así que sin importar si son mil, cien mil o un millón se debería poner mayor atención al respecto.

Nadie parece sugerir la respuesta obvia, habría que cuestionarse: ¿Qué pasaría si no existieran fronteras? ¿Qué pasaría si la migración fuera libre o específicamente no hubiese controles fronterizos? Leer estos cuestionamientos puede resultar alarmante, inmediatamente se genera la idea de que la propuesta es descabellada, se puede pensar en que atenta y es contraria y a la idea de globalización, pero no se supone de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos que:

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.<sup>229</sup>

---

<sup>229</sup> Artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Si las políticas migratorias y el orden mundial no está funcionando, y no solo eso, está cobrando vidas humanas y altos costos económicos a los Estados ¿Qué pasaría si pensáramos en cambiarlo?

Los derechos humanos forman una utopía realista, en tanto que ya no evocan los coloreados cuadros utópico-sociales de una felicidad colectiva, sino que cimentan el objetivo ideal de una sociedad justa en las instituciones mismas de los Estados constitucionales. Con esta desbordante noción de la justicia, introducen también, desde luego, una tensión problemática en la realidad política y social.<sup>230</sup>

A pesar de que desde la perspectiva de derechos humanos el escenario de fronteras abiertas sea moralmente aceptable, la idea suena irreal, uno puede rechazar el escenario de fronteras abiertas pero se necesitan buenas razones para hacerlo, en caso de no tenerlas sería bueno promoverlo a pesar de su aparente inviabilidad.

La Organización de las Naciones Unidas, por sus siglas ONU, se conforma por diversos organismos especializados, uno de ellos es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, por sus siglas en inglés UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), a su vez las UNESCO se conforma por comisiones, una de ellas es la Comisión Global de Migración Internacional.

La intención de la comisión mencionada en el párrafo anterior es proporcionar el marco para la formulación de una respuesta coherente y global al tema de la migración internacional. Uno de los principales retos de todos los Estados es evitar que la migración se convierta en una fuente de conflictos sociales.

La Comisión Global de Migración Internacional realizó una interesante investigación titulada *Migration Without Borders: An Investigation Into the Free Movement of People*, (*Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre*

---

<sup>230</sup> Habermas, Jürgen, “La idea de dignidad humana...” *Óp Cit*, Pág. 118

*circulación de personas*).<sup>231</sup> Como su nombre lo indica esta investigación realiza un análisis cuestionándose que pasaría si se suprimieran las fronteras.

Esta investigación de la UNESCO pone de manifiesto la falta de argumentos de quienes califican como poco realista el escenario de un mundo sin fronteras, constata que muchos de los problemas que se identifican con la migración están realmente ligados a la inmigración irregular.

Menciona que la brecha entre lo que es y lo que debiera ser, debería permitirnos buscar escenarios más justos, resalta los altos costos de los controles fronterizos, señala que estos pueden ser más cuestión de símbolos que de resultados reales.

Cuestiona la coherencia de las políticas migratorias, es decir, los Estados debieran preguntarse si es posible o no controlar con éxito la migración, y en todo caso no deberían los mismos Estados abstenerse a su ambición declarada de controlar perfectamente la migración a pesar de la evidencia clara de que no logran su objetivo.

Este trabajo de la UNESCO menciona que la migración sin fronteras ofrece una forma coherente y moralmente defendible de visualizar políticas migratorias a largo plazo, esto a pesar de parecer una idea desafiante que puede ser posible implementar solo en un futuro lejano, dice además que dadas las dificultades actuales que rodean el control de la migración, uno no puede darse el lujo de ignorar las ideas estimulantes que rodean la libre circulación.

La investigación sobre la libre circulación de personas cita a un libro de Phillip Cole cuya traducción se cuestiona literalmente lo siguiente:

---

<sup>231</sup> Comisión Global sobre Migración Internacional (GCIM), *Migration Without Borders: An Investigation Into the Free Movement of People*, abril de 2005, *Global Migration Perspectives*, No. 27, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/42ce52364.html>, visitado el 16 de noviembre de 2018.

¿Hasta qué punto pueden coexistir las medidas estrictas de los controles fronterizos con el funcionamiento armonioso de las democracias? Los valores liberales y los principios de derechos humanos que guían a las sociedades no pueden detenerse en sus fronteras; deben guiar el comportamiento de los países hacia los forasteros que llegan a sus puertas.<sup>232</sup>

Otra cuestión interesante que se comenta es que la movilidad es un privilegio que se distribuye de manera desigual entre los seres humanos, esto en razón de que los ciudadanos de los países más desarrollados pueden viajar y establecerse en casi cualquier lugar del mundo, mientras que los ciudadanos de los países menos desarrollados dependen de la emisión incierta de visas y permisos de residencia para migrar, luego entonces se considera a la ciudadanía como un privilegio de nacimiento que es difícil de justificar.

El concepto igualitario de la dignidad humana resulta de una universalización de las dignidades particularistas, que no puede perder por completo la connotación de las *sutiles diferencias*.<sup>233</sup>

En este trabajo se ilustra como los Estados seleccionan a los inmigrantes deseables, lo cual directamente afecta los derechos de los indeseables, dice que las fronteras cerradas pueden garantizar el bienestar de una nación, pero en todo caso afecta el bienestar del mundo, no es posible justificar la prioridad dada a ciertas ciudadanía en particular y en detrimento del resto.

Esta investigación sostiene que existe una crisis de los controles migratorios y graves contradicciones con los derechos humanos, consecuencia de las restricciones a la movilidad de las personas, y que es urgente comenzar a pensar en un derecho más integral a la movilidad el cual debería abarcar tanto la emigración como la inmigración, si la Declaración de Derechos Humanos existente, el derecho a migrar se convierte en un recurso central al que todos los seres humanos deberían

---

<sup>232</sup> Cole, Phillip, *Philosophies of Exclusion. Liberal Political Theory and Immigration*, Universidad de Edinburgo, 2000.

<sup>233</sup> Habermas, Jürgen, “La idea de dignidad humana...” *Óp. Cit.*, Pág. 115

tener acceso, derivado de la naturaleza cada vez más global y multicultural del mundo de hoy.

Roger Nett, tiene un libro cuyo título se traduciría como *El derecho civil para el que no estamos preparados: el derecho de libre circulación de personas en la faz de la tierra*, del cual se traduce el párrafo siguiente:

En algún momento futuro de la civilización mundial, puede descubrirse que el derecho a la libre y abierta circulación de personas en la superficie de la tierra es fundamental para la estructura de la oportunidad humana y, por lo tanto, es básico en el mismo sentido que la religión libre.<sup>234</sup>

En su libro Nett comenta que no se trata de agregar más derechos a la lista existente, sino que el derecho a la movilidad se ajuste a otros principios de derechos humanos, como por ejemplo la lucha contra todas las formas de discriminación, por ende se trata de fomentar el respeto por los derechos humanos que ya son reconocidos como fundamentales.

Las principales críticas que se realizan al escenario sin fronteras o mejor dicho, fronteras abiertas son en materia de terrorismo, los cuestionamientos ante este panorama también se abordan en el trabajo de la UNESCO, así como el análisis al impacto económico y geográfico.

El trabajo de la comisión global de las migraciones dice que las restricciones a la migración contradicen el espíritu de globalización, que la apertura de fronteras es la mejor manera de lograr igualdad a nivel mundial y paralelamente ello reduciría la necesidad de migrar, la no intervención de los Estados en el movimiento de las personas lograría mejores resultados que su intervención.

Se pone de manifiesto que una tarea esencial es cuestionarse el impacto económico del escenario de las fronteras abiertas, pero el cual es difícil de

---

<sup>234</sup> Nett, Roger, *The Civil Right We Are Not Ready For: The Right of Free Movement of People on the Face of the Earth*, Chicago, 1971, Ethics 81, P. 218.

pronosticar aunque bien se puede justificar cualquier escenario ya que las políticas migratorias tienen implicaciones importantes en términos de ética, derechos humanos o justicia global y, por lo tanto, no pueden guiarse únicamente por preocupaciones económicas.

Cuando la política de derechos humanos se convierte totalmente en una mascarada y en un vehículo de ejecución de los intereses de las grandes potencias, cuando el superpoder de la Carta de las Naciones Unidas se deja de lado para atribuirse un derecho de intervención, cuando se realiza una invasión violando el derecho internacional humanitario y se justifica en nombre de los valores universales, entonces se confirma la sospecha de que el programa de los derechos humanos consiste en su abuso imperialista.<sup>235</sup>

El orden migratorio es un derecho legítimo de los Estados, pero para ser considerado democrático no debe operar en el las categorías de inclusión/exclusión, sino que por el contrario debe de ser guiado por políticas publicas integradoras que pretendan lograr un acoplamiento estructural, de lo contrario las políticas migratorias y el discurso jurídico de los derechos humanos únicamente enmascaran el abuso de poder de los gobiernos.

Se dice que la faceta más desconocida del escenario sin fronteras es su dimensión social y que la Unión Europea parece ser la única región en el mundo en donde existe una libre circulación de las personas que son nacionales de los Estados miembros de la misma, se pone de ejemplo que así como hoy el escenario sin fronteras parece impensable, lo mismo ocurrió en Europa hasta que sucedió esa apertura de fronteras, por tanto resulta ilusorio pensar que se sabe que es lo que realmente ocurriría si se abrieran las fronteras toda vez que son muchos los factores que intervienen.

Agrega que uno de los miedos que podrían acompañar al escenario de fronteras abiertas es que se conformen flujos enormes e incontrolables de migrantes

---

<sup>235</sup> Habermas, Jurguen, “La idea de dignidad humana...” *Óp Cit.* Pág. 119.

hacia ciertos Estados, pero que tampoco se puede tener certeza de eso y que en todo caso inevitablemente después podría llegar un periodo de estabilización que se caracterice por retornos o flujos menos importantes, una de las causas por las personas no regresan a sus países de origen es por la dificultad que eso implica.

Si en la clandestinidad resultó muy complejo poder ingresar a un Estado y un migrante puso en riesgo su vida, difícilmente querrá volver a correr ese riesgo, esto genera más asentamientos permanentes, aunado a lo anterior, las políticas restrictivas tampoco evitan que las personas migren, lo único que se reduciría sería el riesgo en el que se pone a estas personas, hay que recordar que para que un migrante decida abandonar su país debe tener razones lo suficientemente convincente para hacerlo.

Nadie puede afirmar saber con detalle las consecuencias de un escenario con fronteras abiertas pero leer la investigación completa de la UNESCO vale realmente la pena, a continuación se presenta la traducción completa de la conclusión de ese texto:

Este artículo revisó la literatura sobre el escenario *Migración sin Fronteras* y evaluó su relevancia en el contexto de la migración contemporánea. En todo el mundo, los Estados reclaman su voluntad de controlar la migración, pero se enfrentan a la extrema dificultad de desarrollar políticas que coincidan con esta ambición. La cantidad de personas en movimiento no va a disminuir en un futuro próximo y, por lo tanto, será cada vez más evidente que incluso las medidas de control más sofisticadas y costosas no detienen realmente a las personas. Los migrantes probablemente seguirán siendo las principales víctimas de este enfoque insatisfactorio de la migración, ya que estarán expuestos a niveles de riesgo cada vez mayores en sus movimientos transfronterizos. Es urgente pensar en políticas de migración sostenibles que permitan a los estados abordar de manera coherente y más exitosa los desafíos de la migración.

Puede parecer ingenuo sugerir que el escenario *Migración sin Fronteras* puede proporcionar respuestas a los problemas actuales. Pero es igualmente ingenuo suponer que los arreglos relativamente menores del sistema de migración contemporáneo proporcionarán respuestas exitosas a largo plazo. El escenario *Migración sin Fronteras* tiene la ventaja de ser éticamente defendible, y de complementar útilmente el derecho humano a la emigración con un derecho simétrico a la movilidad. En un mundo globalizado, el movimiento de personas no es una anomalía que deba tolerarse excepcionalmente; es un proceso normal integrado en las estructuras socioeconómicas, así como en las vidas e identidades transnacionales de los migrantes. Existe amplia evidencia de que el patrón de migración clásico de asentamiento permanente no se aplica a todos los casos contemporáneos de movimiento humano, y las políticas, por lo tanto, deben tener en cuenta las nuevas prácticas de circulación. Esto no solo sería más respetuoso para las aspiraciones de muchas personas en movimiento; También conduciría a una migración de retorno más fácil y menores tasas de asentamiento permanente.

Sin embargo, las consecuencias sociales y económicas del escenario *Migración sin Fronteras* siguen siendo extremadamente complejas, y esta revisión ha puesto de relieve las numerosas incertidumbres que lo rodean. Por lo tanto, es necesario examinar tanto las fortalezas como las debilidades de este escenario, y tener en cuenta que, si bien la libre circulación puede ser una opción deseable, también es un objetivo complejo que requiere una reflexión cuidadosa. El escenario *Migración sin Fronteras* no es una medida sencilla y directa que elimine todas las injusticias a la vez, ni una utopía poco realista. Es una visión inspiradora para el futuro de la migración y una fuente valiosa de ideas para imaginar políticas de migración más justas.<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> Comisión Global sobre Migración Internacional (GCIM), *Migration Without Borders: An Investigation Into the Free Movement of People*, óp. Cit. Pág.22

No son las leyes sino las políticas públicas el principal problema de la migración, el miedo que se tiene al desconocimiento de las consecuencias que se pudieran derivar de la convivencia con extranjeros, genera dos polos contrarios de opiniones no solo en la sociedad sino también en el gobierno de los Estados, de ahí que sus propuestas de leyes, ideologías, promesas de campaña sean tan divididas y vayan siempre cargadas de ideología, dificultando acuerdos en el tema de la movilidad.

Cuando la gente de un Estado llega a otro puede producir una sensación de invasión en los nativos del Estado de acogida, se genera un fenómeno de segregación que se caracteriza no solo por la diferencia física sino incluso por la cuestión social o cultural.<sup>237</sup> Las personas pueden tener la percepción de que los que llegan les quitarán algo que les pertenece.

Esto último se puede apreciar claramente con la ya comentada caravana migrante, donde mucha gente manifestó su inconformidad con su llegada; son muchos los miedos que acompañan la inmigración, los argumentos más comunes suelen ser el aumento de delincuencia, la carencia del mercado laboral que podría generar una baja en los salarios, la seguridad nacional relacionada con el tema del terrorismo, entre muchos otros más, pero debiera pensarse, como se menciona en la investigación de la UNESCO, nadie tiene certeza de lo que ocurriría realmente.

Las fronteras encuentran su justificación en el tema de seguridad nacional, pero una realidad es que muchos de los problemas internacionales son consecuencia del sistema económico global, en todo caso las políticas públicas en materia de migración y desde el sistema jurídico global, solo encuentran justificación en la detección de terroristas, lo cual constituye un verdadero reto en virtud de que cambiarlo es una tarea que parece imposible, por ende, el costo es que se justifiquen violaciones a los derechos de quienes pretenden migrar.

---

<sup>237</sup> Martínez Escamilla, Margarita, *La Inmigración como delito, óp. cit.* Pág. 83.

Las fronteras se han convertido en espacios sin derechos, en la gestión de la migración irregular los Estados se han convertido en unos casos amparados por normas que limitan extraordinariamente los derechos de las personas migrantes, en otros casos los Estados infringen las normas que están obligados a respetar y a garantizar, cometiendo flagrantes vulneraciones a derechos humanos.<sup>238</sup>

Si bien el escenario de fronteras abiertas todavía parece algo muy absurdo para algunos, todos deberíamos estar de acuerdo en la necesidad de un cambio, se requieren acciones que cambien una dinámica de exclusión por una de inclusión, de lo contrario seguirán aconteciendo conflictos sociales cuya magnitud vaya en aumento tal y como la comunidad internacional está siendo testigo en la actualidad.

La Organización de las Naciones Unidas realiza diversas acciones tendientes a garantizar el derecho a migrar puesto que considera la inmigración como un derecho que debe ser regulado, en el ámbito político, desde 2007 cada año se celebra el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (FMMD), esto es una iniciativa de los Estados para fortalecer la cooperación y el diálogo en materia de migración y desarrollo, esta iniciativa no busca elaborar documentos vinculantes sino proponer acciones concretas.

De igual forma, si se piensa que el origen del problema migratorio en muchas ocasiones es económico, Naciones Unidas realiza acciones desde ese ámbito, puesto que si el origen está ahí, posiblemente ahí mismo pueda encontrarse la aparente solución, las empresas privadas juegan un *roll* importante en ello.

Otra de las acciones tomadas por la ONU es el *Global Compact*, o Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la cual es una iniciativa privada que a pesar de no ser jurídicamente vinculante, políticamente es muy fuerte, la adhesión a este pacto

---

<sup>238</sup> Martínez Escamilla, Margarita en López Sala, Ana y Godenau, Dirk, *Estados de contención, estados de detención*, Barcelona, Anthropos Editorial, 2017. Pág. 54.

es puramente opcional, en él, intervienen distintos organismos no solo Estatales, sino académicos o empresariales.

Este *Global Compact* no controla ni impone obligación alguna sino que está diseñado para estimular el cambio y promover la sostenibilidad global de forma voluntaria, aborda diversos temas como el cambio climático, desarrollo económico, derechos humanos, migración y refugio, entre otros.

Los 10 Principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anticorrupción gozan de consenso universal, y se derivan de:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- La Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.
- La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.<sup>239</sup>

A continuación se enlistan los 10 principios en los que se basa el Pacto Mundial de las Naciones Unidas:

1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia.
2. Las empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices en la vulneración de los derechos humanos.
3. Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
4. Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción.
5. Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.
6. Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.
7. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.
8. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.

---

<sup>239</sup> Información disponible en internet en: <https://www.pactomundial.org/2015/02/10-principios-del-pacto-mundial/>, consultada el 10 de noviembre de 2018 a las 11:46.

9. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente.
10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y soborno.<sup>240</sup>

Involucrar en las empresas en temas de derechos humanos puede resultar muy atractivo, sobre todo si se piensa que los migrantes muchas veces realizan movilidad internacional por cuestiones laborales, al volver consiente a la iniciativa privada del problema migratorio podrían otorgarse contratos laborales temporales de trabajo para los migrantes que facilite su acceso al derecho a obtener una visa por cuestiones laborales.

Derivado de este *Global Compact*, existe un Pacto Mundial que defiende los derechos de los migrantes, se denomina: *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, el objetivo de este pacto es crear un marco normativo para una cooperación entre Estados que beneficie a los migrantes y a la movilidad humana. Los miembros de Naciones Unidas reconocieron la necesidad de un abordaje integral al tema migratorio, pretenden fortalecer la cooperación a nivel global mediante la creación de mecanismos que protegen a estas personas

Gobiernos de todo el mundo, con la excepción de Estados Unidos, se han comprometido a aumentar las vías para la migración regular, a mejorar la protección de los migrantes y a garantizarles servicios básicos.<sup>241</sup>

Es de llamar la atención que todos los Estados miembros de Naciones Unidas pensaban en adquirir el compromiso a favor de la migración, desafortunadamente para el flujo migratorio en la zona de norte américa, el único país del mundo que no

---

<sup>240</sup> Información disponible en internet en: <https://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/>, consultada el 12 de noviembre de 2018 a las 19:32.

<sup>241</sup> Información disponible en internet en la dirección electrónica: <https://news.un.org/es/story/2018/07/1437842>, consultada el 13 de noviembre de 2018 a las 03:52.

estaba de acuerdo (hasta ese entonces) con adherirse era el gobierno de los Estados Unidos.

Las expectativas en relación a este tema aún son muy altas, recientemente países como Hungría, Austria y Australia han manifestado que se retiran al igual que el gobierno de los Estados Unidos, el tema está muy vigente aun, el texto (que no es vinculante) fue acordado en el mes de julio de 2018, y será aprobado en la cumbre internacional de Marrakesh, en Marruecos, para los próximos 10 y 11 de diciembre.<sup>242</sup>

Quizá este *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, sea un primer acercamiento a un panorama como el que se planteaba anteriormente, el de fronteras abiertas, si bien este último todavía se vislumbra irreal y lejano, las acciones de Naciones Unidas van a tendientes a modernizar las políticas migratorias, tal y como lo demuestra el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo, y el *Global Compact*.

Si bien es cierto que hasta ahora ninguna de las acciones realizadas por la ONU parece cien por ciento convincente, esto en razón de que el *Global Compact* no es vinculante, y el panorama presentado por la UNESCO se vislumbra muy lejano; el interés por parte de la mayoría de países del mundo vislumbran a futuro un importante cambio en materia migratoria.

Existe una importante relación en estos dos temas, el tráfico de personas y los derechos humanos del migrante, la regulación del delito de tráfico de personas sería un sin sentido si se otorgan las debidas garantías al derecho a migrar, el traficante ya no tendría trabajo, los migrantes ya no ocuparían de los servicios de

---

<sup>242</sup> Información disponible en internet en la dirección electrónica: <https://www.lavanguardia.com/politica/20181121/453085392251/onu-insiste-en-la-importancia-de-establecer-un-pacto-mundial-sobre-migracion.html>, consultada el 20 de noviembre de 2018 a las 20:32.

esas personas para ejercer su derecho a migrar, eso sería tan absurdo como que alguien le pagara a una persona para ejercer su derecho a votar.

En caso contrario si el derecho humano a migrar no tiene las garantías necesarias para el ejercicio del mismo, esto plenamente justificado por cuestiones de seguridad nacional, luego entonces se tendría que ser más congruente con ese discurso y dejar de considerar que el bien jurídico tutelado es la seguridad de los migrantes, para empezar a considerar que es la seguridad nacional o el orden migratorio, paralelamente al realizar estas acciones se colabora con la protección al migrante.

El tema migratorio es muy complicado, más aun si se aborda la relación con el derecho penal, hay que ser duros pero blandos, duros con el delito de tráfico de personas pero blandos con la migración internacional, duros para fomentar tanto la seguridad nacional como la del migrante, pero blandos para proteger los derechos humanos de los migrantes.

## CONCLUSIONES

1. Se comprueba la hipótesis: El delito de tráfico de personas más que cumplir con la finalidad de protección del migrante, atiende a la funcionalidad de protección a las estructuras de poder que operan en el sistema social, esto a partir de un mecanismo de inclusión/exclusión que genera la categoría de ciudadano.
2. El delito de Tráfico de Personas en México no garantiza la protección de los derechos y libertades del migrante, lo que el Estado genera con la tipificación de este delito es una puesta en riesgo.
3. Las políticas migratorias actuales no solo son absurdas en razón de que no cumplen su objetivo de impedir la emigración, sino que además ponen en riesgo a los migrantes y generan una desigualdad difícil de justificar, debe prevalecer una dinámica de inserción por encima de la dinámica de violencia.
4. El derecho a migrar es un derecho que a pesar de estar plenamente reconocido en diversos instrumentos internacionales se encuentra carente de garantías. El discurso jurídico sobre los derechos humanos y en específico el derecho humano a migrar constituye una utopía.
5. Los migrantes forman parte de un grupo vulnerable que sufre una constante violencia y discriminación; el derecho de la sociedad debe representar los intereses de las mayorías para ser considerado democrático y debe procurar la igualdad para ser considerado justo.
6. El orden migratorio es un derecho legítimo de los Estados, sin embargo las políticas migratorias deben lograr un acoplamiento estructural de los sistemas, menos adverso para los más desprotegidos y a la vez más integrador.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, LOUIS, *ideología y aparatos ideológicos del estado*, 18ª edición, Siglo XXI, México, 1989.
- BALLESTEROS MONTERO, ALBERTO, “El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”, *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 8, Madrid, 2007.
- , *Derecho y moral estudio introductorio*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F, 2011.
- BARATTA, ALESSANDRO, Trad. Álvaro Búnster, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, introducción a la sociología jurídico-penal*, México, Siglo XXI editores.
- , *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- BOURDIEU, PIERRE y TEUHNCR, GUNTHER, Trad. Carlos Morales de Setién Ravina *La fuerza del derecho*; Ediciones Uniandes, 2000.
- BURGOA TOLEDO, CARLOS ALBERTO, *Análisis e interpretación de las disposiciones fiscales*, Thomson Reuters, México, 2017.
- CAICEDO RIASCOS, MARITZA y MORALES MENA, AGUSTÍN, *Imaginario de la migración internacional en México. Una mirada a los que se van y a los que llegan. Encuesta Nacional de Migración*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015
- CANALES, ALEJANDRO I. et al., “Vidas vulnerables. Migración, derechos humanos y políticas públicas en cinco zonas fronterizas de América Latina”, México, Porrúa, 2013,
- CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, 2005.
- CASTILLA JUÁREZ, KARLOS, *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, CNDH, México, 2015.
- COLE, PHILLIP, *Philosophies of Exclusion. Liberal Political Theory and Immigration*, Universidad de Edinburgh, 2000.

- CORSI, GIANCARLO; ESPOSITO, ELENA Y BARALDI, CLAUDIO, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México, Universidad Iberoamericana, 1996.
- CORREAS, OSCAR, *Sociología del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, 1998.
- , *Introducción a la Sociología Jurídica*, Fontamara, 2009
- , *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, ediciones Coyoacán, México, 1993.
- DE GIORGI, ALESSANDRO, *El gobierno de la excedencia Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de sueños, Madrid, 2006.
- DOUGLAS S. MASSEY, et al, *Detrás del trama políticas migratorias entre México y Estados Unidos*, México, Porrúa, 2009.
- DURAND, JORGE Y DOUGLAS S., MASSEY, *Clandestinos. Migración México-Estados Unidos en los albores del siglo XXI*, México, Porrúa, 2003.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2009,
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, 1995,
- , *El poder una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*, editores siglo veintiuno, 2012.
- , *El orden del discurso*, Tusquets, 1992
- JIMÉNEZ DE AZUA, LUÍS, *Principios Del Derecho Penal. La Ley y El Delito*, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot: 4ta, 2005, página 18.
- JIMÉNEZ SOLARES, ELBA, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos ¿Derecho uniforme u orden público general?*, editorial flores, segunda edición, México, 2017.
- KELSEN, HANS, trad. Moisés Nilve, *Teoría Pura del Derecho*, 4a edición, 9a reimpresión, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, quinta edición, 2009.

- GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson Civitas, Madrid, España, 2003.
- HALL, JOHN, A., *Estado y Nación*, Madrid, trad. de José María Portillo, Madrid, Cambridge University Press, 2000.
- LUHMANN, NIKLAS, *La política como sistema*, México, Universidad Iberoamericana, 2009.
- , *Sistemas sociales lineamientos para una teoría general*, Anthropos, 1998,
- , *El derecho de la sociedad*, Herder, 2005,
- , *Introducción a la Teoría de sistemas*, Universidad Iberoamericana, 2009.
- , *Poder*, Anthropos, 2005
- NETT, ROGER, *The Civil Right We Are Not Ready For: The Right of Free Movement of People on the Face of the Earth*, Chicago, 1971, *Ethics* 81, P. 218.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, *La Inmigración como delito*, Barcelona, Colección Atelier Penal, 2007.
- , en López Sala, Ana y Godenau, Dirk, *Estados de contención, estados de detención*, Barcelona, Anthropos Editorial, 2017.
- MAX, WEBER, *Economía y Sociedad*, Fondo de cultura económica, México, 1998.
- MEZZADRA, SANDRO, *Derecho de fuga: Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de sueños, 2005.
- PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL, *Globalización tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2004
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Coord. *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial, Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa, 2014.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CLAUDIA EUGENIA, *Bullying: Entre el triángulo de la violencia y los derechos de niñas, niños y adolescencia*, Fes acatlan, México, 2017.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, Fes Acatlán, México, 2013.

———, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, Fes Acatlán, 2012.

———, et al, *control social en México*, México, Fes Acatlán, 1998.

———, *La Tanato-Política*, México, Fes Acatlán, 2016.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Ilsa, 2009.

## ARTÍCULOS DE REVISTA

AGUILÓ BONET, ANTONI JESÚS, “Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos” *universitas humanística* No.68 julio-diciembre, 2009.

ANAYA COOLEY, IGNACIO E; “*En la era Trump... El reto migratorio esta al sur*”, Revista The New York Times Excélsior, Febrero 2017.

ARRIAGA ÁLVAREZ, EMILIO GERARDO, “La Teoría de Niklas Luhmann”, *convergencia*. Revista de Ciencias Sociales, vol. 10, núm. 32, 2003.

CAMPOS ZAMORA, FRANCISCO, “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *revista de ciencias jurídicas*, Costa Rica, Núm. 122, Mayo-Agosto 2010.

CÁRDENAS GRACIA, JAIME, “Las características jurídicas del neoliberalismo”, *Revista mexicana de derecho constitucional*, número 32, 2015.

GARCÍA ZAMORA, RODOLFO, “Crisis financiera internacional, migración y remesas en América Latina”, *Revista ola financiera*, Septiembre-diciembre 2010.

HABERMAS, JURGUEN, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos” *Diánoia*, México, Mayo 2010, vol. 55, no.64.

RANGEL CORTÉS, VÍCTOR MANUEL, Reforma energética en el contexto neoliberal mexicano, *Hechos y Derechos*, No. 17, 2013.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CLAUDIA EUGENIA, “Los muros de la Globalización” en *Revista Circle Mode de Vie México*, año 1, no. 1, agosto 2017.

SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de

03.10.2017)”, Revista Española de Derecho Europeo, Núm. 65, Enero-Marzo 2018, Pág. 308.

VILLASEÑOR BAYARDO, SERGIO JAVIER, et al, “La enfermedad y la medicina en las culturas precolombinas de América”, Investigación en salud, Guadalajara, México, diciembre, vol. IV, número 003, 2002.

## **INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES**

- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## **LEGISLACIÓN**

- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Federal de Procedimientos Penales (derogado)
- Código Penal Federal
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Ley de Migración.
- Ley General de Población.
- Ley General de Víctimas.

- Ley de Nacionalidad.
- Reglamento de la Ley de Migración.

## **DIRECCIONES ELECTRÓNICAS**

- <http://www.redalyc.org/pdf/142/14240304.pdf>.
- <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.
- [http://www.politicamigratoria.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Prontuario](http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Prontuario).
- [https://henleyglobal.com/files/download/hvri/HP\\_Visa\\_Restrictions\\_Index\\_170301.pdf](https://henleyglobal.com/files/download/hvri/HP_Visa_Restrictions_Index_170301.pdf).
- <http://www.inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/paises-requieren-visa-para-mexico/>.
- <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/migracion/>.
- [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/S1665952X17300361\\_S300\\_es.pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/S1665952X17300361_S300_es.pdf).
- <https://www.nytimes.com/es/2017/12/27/como-trump-transformo-las-politicas-migratorias-de-estados-unidos/>.
- <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43682479>.
- <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-42612896>
- <https://www.forbes.com.mx/el-mejor-discurso-de-pena-nieto-esto-opinan-los-especialistas/>
- <https://www.sintesis.mx/2018/04/11/mexico-frontera-sur-gendarmeria/>
- <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/index.shtml>
- <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39059460>
- [http://www.politicamigratoria.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Estadistica](http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Estadistica)
- <https://www.gob.mx/pgr/acciones-y-programas/subprocuraduria-especializada-en-investigacion-de-delincuencia-organizada>
- [http://www.losmexicanos.unam.mx/migracion/encuesta\\_nacional/cuestionario/Encuesta\\_Nacional\\_de\\_Migracion.pdf](http://www.losmexicanos.unam.mx/migracion/encuesta_nacional/cuestionario/Encuesta_Nacional_de_Migracion.pdf)
- <https://www.proceso.com.mx/492965/la-cndh-recalifica-la-masacre-san-fernando-hubo-violaciones-graves-a-derechos-humanos-dice>
- <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=30055>

- [http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/nodos/30319/content/files/Migrantes\\_Recomendaciones%20por%20Violaciones%20Graves%202017.pdf](http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/nodos/30319/content/files/Migrantes_Recomendaciones%20por%20Violaciones%20Graves%202017.pdf).
- <https://www.animalpolitico.com/2018/10/trump-dinero-migrantes-segob/>
- <https://www.youtube.com/watch?v=R4I5ehgvy1c>.
- <http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/eu-inicia-despliegue-militar-en-la-frontera-con-mexico>
- [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)
- <https://www.pactomundial.org/2015/02/10-principios-del-pacto-mundial/>
- <https://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/>
- <https://news.un.org/es/story/2018/07/1437842>
- <https://www.lavanguardia.com/politica/20181121/453085392251/onu-insiste-en-la-importancia-de-establecer-un-pacto-mundial-sobre-migracion.html>.
- <https://www.refworld.org/docid/42ce52364.html>.

