

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL.

**“LA NECESIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL
DELITO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 123 DE LA
LEY GENERAL DE POBLACIÓN Y SUS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS.”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA :
EMMANUEL CORTÉS TORRES

ASESOR: MTRO. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA

CIUDAD UNIVERSITARIA

2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**LA NECESIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO CONTENIDO EN
EL ARTÍCULO 123 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN Y SUS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

Índice.

INTRODUCCIÓN.	I
	PÁG.
Capitulo I. EL FENÓMENO MIGRATORIO COMO MATERIA DE DERECHO PÚBLICO.	
1.1. Antecedentes.	1
1.2. Fundamento Constitucional.	7
1.3. Contenido de la Ley General de Población.	12
1.3.1. Migración.	13
1.3.2. Inmigración.	15
1.3.3. Repatriación.	16
1.3.4. Procedimientos Administrativos.	17
1.3.4.1. Procedimiento migratorio.	17
1.3.4.2. Procedimiento de vigilancia.	19
1.4. Autoridades Administrativas en Materia de Migración.	24
1.4.1. Secretaría de Gobernación.	24
1.4.2. Instituto Nacional de Migración.	28
Capitulo II. LAS PENAS EN MATERIA MIGRATORIA.	
2.1. Antecedentes.	39
2.1.1. Teorías de la Pena .	41
2.2. Pena y Medida de Seguridad Diferencias.	44
2.3. Objetos y Fines de las Penas.	59
2.4. Naturaleza Jurídica de las Penas en la Ley General de Población.	62
2.4.1. Penalidad mínima atendiendo al Código Penal Federal.	64
2.5. Incongruencia de las Penas en el artículo 123 de la Ley General de Población.	65

**Capitulo III. DELITO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 123 DE
LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.**

3.1. Tipo Penal.	69
3.2. Elementos del Delito.	73
3.2.1. Aspectos Positivos.	73
3.2.2. Aspectos Negativos.	83
3.3. Clasificación del Delito.	89
3.3.1. En Función a su gravedad.	89
3.3.2. Según la Conducta del Agente.	89
3.3.3. Por el Resultado.	89
3.3.4. Por el elemento interno.	90
3.3.5. Por su estructura.	91
3.3.6. Por el número de Actos.	91
3.3.7. Por el número de Sujetos.	92
3.3.8. Por su forma de Persecución.	92
3.3.9. En Función de su materia.	93
3.4. Bien Jurídicamente Tutelado.	93

**Capitulo IV. PROCECUSIÓN DEL DELITO CONTENIDO EN EL
ARTÍCULO 123 DE LA LEY GENERAL DE
POBLACIÓN EN EL PROCESO JURISDICCIONAL.**

4.1. Detención en los puntos de revisión migratoria.	94
4.2. Puesta a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación y su omisión a elaborar el acuerdo de Retención de los inmigrantes.	97
4.3. Retención en el Área de Seguridad bajo la custodia de Agentes Federales de Investigación.	100
4.4. Querrela presentada por parte del Instituto Nacional de Migración como representante de la Secretaría de Gobernación.	105

4.5. Ejercicio de la Acción Penal y Consignación ante un Juez Federal.	115
4.6. Procedimiento Interrumpido por Expulsión del Inmigrante.	118
4.7. Consecuencias de la despenalización del delito contenido en el artículo 123 de la Ley General de Población.	121
CONCLUSIONES.	124
PROPUESTA.	128
BIBLIOGRAFÍA.	132
LEGISLACIÓN.	136
OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.	137

INTRODUCCIÓN.

A lo largo de la historia con la que cuenta nuestro país no sólo ha ido en incremento el éxodo de mexicanos a Estados Unidos, sino por el contrario se han acumulado miles de personas de toda la región centro y sudamericana del continente, lo cual convierte a nuestro país en el paso obligatorio de los mismos, para lo cual se debe consolidar un régimen de acierto en la seguridad jurídica y a la vez crear las condiciones que permitan al Estado prevenir eficazmente la delincuencia en materia de migración. Por lo que cobra prioridad esta materia a nivel nacional, debiéndose atender de manera inmediata el problema que representa actualmente el fenómeno migratorio entre México y nuestros países vecinos, para consolidar las relaciones migratorias y el cauce del libre comercio en el mundo que representa la globalización actual, protegiendo a su vez la dignidad, el respeto de los derechos humanos y la seguridad de las personas que en el diario flujo migratorio en nuestro país ponen de manifiesto las carencias tanto jurídicas como sociales de las cuales padecemos, necesidades de las cuales se hace eco a nivel internacional, puesto que como en nuestros connacionales en el exterior, los inmigrantes extranjeros sufren en nuestro país, siendo éste el inicio en el proceso que implica su movilización migratoria hacia los Estados Unidos de Norteamérica.

En ese orden de ideas, el Derecho Penal, se encarga entre otras cosas de regular conductas altamente dañinas a la sociedad, creando bienes jurídicamente tutelados dependiendo del tiempo y espacio en cada sociedad, y para las conductas que no representan un peligro real a la sociedad, pero sí necesario una regulación existen diversos ordenamientos de índole administrativo, como lo es los reglamentos.

El artículo 123 de la Ley General de Población regula la conducta consistente en la introducción ilegal de personas extranjeras al país, es tipificada como delito de conformidad con dicho ordenamiento, situación que en momento del inicio de su vigencia tenía cierta fundamentación que hoy en día a nuestro modo de ver carece de la misma, en virtud, de que la legislación en cita ha sido rebasada por el cambio de nuestra sociedad, que cada día se vuelve

más un país de inmigrantes, debido entre otras circunstancias a la falta de oportunidades laborales, situación de la cuál no podemos soslayar que son los mismos motivos que impulsan a los extranjeros a introducirse a nuestro país, y en el cuál son víctimas de oprobios primeramente por las autoridades aprehensoras y en segundo plano por parte de autoridades migratorias que en el caso en concreto lo constituye el Instituto Nacional de Migración, por lo que resulta necesario instaurar acciones inmediatas encaminadas a la disminución de las referidas violaciones en cuanto ante qué autoridad queda a disposición en la retención de los delitos contemplado en la Ley General de Población, debido a que por una parte el Agente del Ministerio Público de la Federación, no elabora el acuerdo de retención, por no estar presentada la querrela respectiva por parte de la Secretaría de Gobernación a través del Instituto Nacional de Migración.

Por lo anterior, es necesario una reforma en la Ley General de Población en la cual se despenalice el artículo 123 de la citada Ley en comento, en virtud, de encontrarnos en la hipótesis de *“Se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente al país”*, con lo cuál la conducta descrita es el internamiento de un extranjero ilegalmente al país, situación de la que se desprende como se ha referido anteriormente, que los extranjeros encuadrados en la hipótesis anterior en su gran mayoría no tienen por objeto residir en el país, sino el mero tránsito hacia su éxodo a los Estados Unidos de Norteamérica, aunado a lo anterior y atendiendo al marco Constitucional del Estado Mexicano y a las diversas teorías de la pena no encontramos una finalidad para la aplicación de las sanciones privativas de libertad, siendo en el caso la compurgación de la misma en alguno de los Centros Penitenciarios, lo anterior es así debido a que si analizamos el principal objeto de las penas en la Ley General de Población concomitantemente al artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo es en concreto la expulsión de los extranjeros dañinos o perniciosos de la República Mexicana, así como la regulación del flujo migratorio en nuestro país, situación que se contravendría en hacerlos permanecer a ejecutar una pena privativa de libertad, dando un innecesario tratamiento buscando la readaptación social del inmigrante, debido a que para

la reacción social no sería coherente su residencia temporal en algún Centro de Reclusión, causando de igual manera un gasto en la prosecución de un procedimiento penal, asimismo, en el egreso que significa el mantenerlo tanto en prisión preventiva, (siendo éste supuesto cuando los inmigrantes no tienen dinero para pagar su caución, y salir de los Centros de Reclusión), como la ejecución en los Centros Federales, dicha incongruencia se acentúa con la aplicación de la penalidad mínima de prisión la cual es de tres días de prisión de conformidad con el Código Penal Federal, hasta y dos años, siendo en la práctica la aplicación de la mínima en virtud, de no contar con ingresos anteriores a prisión, así como no contar en su mayoría antecedentes de los que pudieran aportar mayor datos acerca de la personalidad del procesado, pena que es compurgada en exceso. En igual manera observamos en el caso que nos ocupa no tendría razón de instruir en su contra un proceso jurisdiccional, si al instaurarse aquél no culmina con la sentencia respectiva, en virtud, de que en el supuesto de alcanzar su libertad bajo caución el extranjero, es regresado nuevamente una estación migratoria y deportado inmediatamente a su llegada a la misma, y al ser la deportación de orden público e interés general, sobrepasa las facultades del Juez de Distrito instructor, a quién únicamente se le informa acerca de la deportación, mismo que libra su reaprehensión y manda la causa a suspenso, como si en el supuesto se hubiese sustraído a la acción de la justicia, situación que es relativa, pues si bien no se encuentra cumpliendo con sus obligaciones procesales como lo es la firma del libro de control de procesados cada semana, no es por su voluntad pues al ser deportado materialmente se encuentra imposibilitado de cumplir con la misma obligación procesal.

De las incongruencias anteriores se agregan las violaciones procesales a las cuáles son expuestos los extranjeros a partir de su detención, puesto que en primer término son detenidos por las autoridades policiacas, para en posterior momento ser trasladados, previo aviso a las autoridades migratorias, al Agente del Ministerio Público de la Federación, quién inicia la Averiguación Previa, empero de dictar la retención de los mismos inmigrantes, en virtud, de no estar cumplido el requisito de procedibilidad que le exige el numeral 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual lo conforma la querrela

presentada por la Secretaría de Gobernación a través del Instituto Nacional de Migración, única y exclusivamente por los delitos contemplados en la Ley General de Población, con lo cual los inmigrantes se encuentran detenidos, pero no formalmente, es decir, materialmente se encuentran en las áreas de seguridad, pero legalmente no se hallan bajo la jurisdicción de ninguna autoridad, siendo tan sólo vigilados generalmente por los Agentes Federales de Investigación, creando una flagrante violación a sus derechos fundamentales que en éste caso lo constituye la privación de la libertad, consagrado en nuestro sistema jurídico mexicano, por los artículos Constitucionales 14 y 16, en los cuales destacan entre otros los principios de legalidad y seguridad jurídica los cuales protegen concomitantemente, y esto es así pues desde el momento en el cuál son detenidos son puestos inmediatamente a disposición de la Autoridad Investigadora, que en el caso en particular lo constituye el Agente del Ministerio Público de la Federación, empero desde el momento en el cual al iniciar con las actuaciones ministeriales y no encontrar probables hechos delictivos diversos a la violaciones del artículo 123 de la Ley General de Población, no realiza el acuerdo de retención y deja en el área de seguridad del punto migratorio donde fue detenido en primer término, en espera de la presentación de la querrela respectiva, situación que viola los numerales antes citados.

De igual forma, la falta de técnica jurídica en la propia Ley General de Población, aunado a la antigüedad de la misma, hacen necesaria una reforma integral en la misma, puesto que tal ley carece de un orden sistemático-jurídico, y para ejemplo por lo que toca a nuestro tema referente a los delitos, basta decir, que en su mayoría no tienen temporalidad mínima, ya que contienen la leyenda de “ se impondrá pena de hasta “n” años de prisión...”, motivo por lo cual se debe atender al mínimo en materia Federal que lo es de tres días, concomitante a la deficiencia de la sanción pecuniaria la cual esta determinada en un monto fijo y no como en la mayoría de las legislaciones federales bajo la premisa del salario mínimo vigente en el Distrito Federal, concomitantemente al delito de tráfico de inmigrantes indocumentados, el cual se perseguirá de querrela ignorando la gravedad que implica dicho delito y consecuentemente la necesidad de que su persecución sea de oficio, lo cual

dificulta pero no imposibilita nuestra tarea de proponer un término a la detención y definir ante que autoridad se encontraría sujetos, la cual no calificamos de ilegal sino lo que resulta tal es la indeterminación de autoridad alguna, conllevando a una flagrante violación a los Derechos Subjetivos Públicos que gozamos todos los gobernados en el territorio nacional.

CAPITULO I.

1.1. ANTECEDENTES.

La historia de la inmigración es tan antigua como la del hombre mismo, pues los flujos migratorios de la población van relacionados con la proporción de los satisfactores en un principio indispensable y en otro momento accesorio en el cuál el medio ambiente le otorgaba al hombre durante el cambio de nómada a sedentario, situación que aún subsiste en la actualidad, aunado a la complejidad de los múltiples factores que obligan al flujo diario de personas que van desde la mejora en sus condiciones de vida por desastres naturales en su lugar de origen como nuevos ámbitos laborales, conflictos políticos, étnicos, religiosos, culturales, raciales... cuestión de la cuál no entraremos en estudio por no ser tema de la presente investigación sino del Derecho Internacional Público, debido a su complejidad.

Por lo anteriormente escrito, se debe entender al movimiento migratorio; *“como todo desplazamiento de población, ya sea en el interior del territorio de un Estado o entre dos o más Estados, que se produce de manera natural y debe aceptarse como un hecho innegable que contribuye a la formación histórica y cultural de las distintas naciones.”*¹

Ahora bien, nos referiremos a los antecedentes en materia migratoria en México, empezando por la Ley de Inmigración de 1908, estando vigente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, la primera de ellas fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1908, comenzando su vigencia el día 1 de marzo de 1909, estando como presidente Porfirio Díaz, de la cuál destacaremos el artículo 2 en el cuál todo extranjero que quisiera ingresar al país debía ser sometido a reconocimiento para determinar sobre su posible admisión. De igual manera el último párrafo del artículo 18 delegaba a la autoridad sanitaria la estancia de los inmigrantes

¹ TAMES PEÑA, Beatriz, “Marco jurídico y funcionamiento de las estaciones migratorias en México, investigación Beatriz Tamez Peña, María Alma Pacheco Peña”. Primera Edición. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1997. Pág 7.

extranjeros como a los nacionales que se encuadrarán en el supuesto de las enfermedades del catálogo del artículo 3.(artículo 17).

En lo referente a ésta ley se observa que quién se introdujera ilegalmente al país o cometiera alguna violación a la misma era multado de diez a cien pesos o sancionado con arresto cuya duración máxima era de dos meses, sin perjuicio de la expulsión del país por parte del Ejecutivo, quién a su vez podría suspender la misma, si a su juicio el testimonio del extranjero fuera necesario en alguna causa penal (artículos 7 y 8), de lo cuál no se debe soslayar que cuando se tenía tres años de residencia, el extranjero adquiría los derechos de un mexicano para efectos migratorios (artículo 6), y por tanto no podía ser expulsado.

En 1926 fue expedida la Ley de Migración por el Presidente Plutarco Elías Calles mediante decreto de 15 de enero de 1926,²la cuál según su primer artículo transitorio comenzó a regir el primero de junio de ése mismo año, misma que derogaba a la anterior ley de Inmigración de 1908 (artículo 2 transitorio). En ésta ley encontramos en su artículo 1 la facultad reglamentaria del diverso 11 Constitucional, pues señala que todo individuo puede inmigrar al territorio nacional o emigrar con las limitaciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales, así como la ley en comento, lo cuál constituye un importante antecedente en virtud de que se reconoce tácitamente ésta facultad reglamentaria del artículo 11 Constitucional.

Asimismo, regulaba como la anterior ley migratoria los lugares autorizados para la entrada y salida, así como el horario, considerándose ilegal cualquier otra manera de hacerlo, lo que conllevaría según el artículo 20 a pagar una multa o sufrir el arresto correspondiente y una vez acontecido cualquiera de los dos supuestos sería reembarcado en su oportunidad. Destacando el pago de un impuesto (artículos 23 a 25), ahora bien, en lo respectivo a las penas que signaba ésta Ley debe observarse en primer lugar que atienden a meras sanciones administrativas, ya que en ellas encontramos

² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el sábado 13 de marzo de ese mismo año.

la multa de cien a mil pesos, mismas que podrían conmutarse por una arresto de hasta quince días según lo reseñado por el artículo 102, destacando las sanciones para los capitanes de los buques al no respetar el lugar y hora de entrada y salida, así como dejar bajar a cualquier tripulante antes de la visita reglamentaria por las autoridades de migración (artículo 83 y 84); para los extranjeros el no contar con la Tarjeta de identificación los obligaba a reembarcarse inmediatamente así como el entrar ilegalmente al país como ya se comentó en líneas anteriores.

El 30 de agosto de 1930 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una ley migratoria, que empezó su vigencia el mismo día de su publicación (según artículo 1 transitorio), dentro de lo más importante de ésta ley lo es el capítulo XVIII, en donde equiparaba las infracciones como violaciones de la misma, empezando por las responsabilidades de los servidores públicos señaladas en los artículos 135 a 141, en los cuáles trata a grosso modo de las violaciones a los trámites para ingresar al país, así como lo relativo al flujo migratorio y la responsabilidad de los servidores públicos de hacer cumplir la ley cabalmente, sin perjuicio de que si su conducta violentara la misma, sería sancionada como falta administrativa la cuál era castigada con multa, suspensión del empleo hasta por un mes sin goce de sueldo y destitución en caso de reincidencia, sin perjuicio de poder constituirse como un delito, además en el artículo 142, suscribía que al extranjero ilegalmente admitido, se le impondrá una multa sin perjuicio de deportarlo, concomitante al artículo 143, el cuál refería que cuando un extranjero en tránsito permanezca más de seis meses (el cuál era el tiempo permitido) sería multado con cincuenta a quinientos pesos, y expulsado salvo si su inmigración no estuviera prohibida, caso en el cuál con pagar la multa citada y cumplir con los requisitos podría permanecer en el país. Ahora bien, por lo que respecta al artículo 145 el cuál a la letra decía de la siguiente manera *“El extranjero que entre ilegalmente al país, o contraviniendo las disposiciones que dicte la Secretaría de Gobernación, pagará una multa de cien a quinientos pesos y, además, ser deportado; a no ser, para esto último, que obtengan permiso para residir en el territorio nacional, por haber llenado todos los requisitos”* con lo que se observa que la conducta a estudio constituía una sanción administrativa.

En el año de 1936, específicamente el 29 de agosto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, la Ley General de Población (misma que abrogó a la de 1930) y entró en vigor al día siguiente (según artículo 1 transitorio), en la cuál encontramos como aspectos relevantes el Capítulo VI, donde hace una importante aseveración en el artículo 182 pues a la letra decía *“Las infracciones a ésta Ley que constituyan delitos, se sancionarán con arreglo al Código Penal”* lo cuál deja entrever la división de las responsabilidades administrativa como penal, pues en lo que respecta a ésta Ley las violaciones a la misma eran consideradas infracciones, (mismas que podían ser castigadas con multa o arresto hasta por quince días) sin perjuicio de que pudiesen ser consideradas como delitos, empero de lo cuál se estaría a lo dispuesto a lo ordenado en el Código Penal Vigente, y en el caso de servidores públicos sigue el ámbito administrativo en cuanto a sus sanciones (amonestación, suspensión de empleo o destitución, multa o arresto hasta por treinta y seis horas según el artículo 184 de la ley en comento) y por lo que interesa específicamente a nuestro delito le da una connotación de infracción pues en su artículo 185 mencionaba que al extranjero que entre ilegalmente al país, o contravenga las disposiciones que dicte la Secretaría de Gobernación, pagará la multa que se le imponga, además de ser deportado si la misma Secretaría así lo determina. Esta expulsión no podía llevarse a cabo si el extranjero había adquirido derechos de residencia definitiva, misma que no podía estar supeditada a la facultada del Ejecutivo Federal en el artículo 33 Constitucional (artículo 186 de la ley en cita), situación que le otorga la facultad discrecional al Presidente Constitucional a través de la Secretaría. Finalmente las sanciones seguían siendo las mismas por lo referente a las fianzas y sanciones administrativas a los capitanes de los buques o cualquier tipo de nave.

Ahora bien, el 27 de diciembre de 1947 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una nueva Ley General de Población, la cuál toma suma importancia por ser la primera en su especie que tipifica conductas como delitos, entre las cuales destaca la pena de seis meses a dos años de prisión a los extranjeros que habiendo sido rechazados por los empleados o funcionarios de migración, o teniendo algún impedimento legal para internarse al país lo

hagan (artículo 105 de la ley en cita), o que habiendo sido deportado o expulsado se interne nuevamente al territorio nacional sin autorización para ello, se le castigaba con pena de prisión de dos a cinco años (artículo 106), y por lo que respecta a nuestro delito en particular se encuentra el primer antecedente en el artículo 107 el cual decía así *“Se impondrá una pena de seis meses a dos años de prisión a los extranjeros a quienes la Secretaría de Gobernación, por encontrarse ilegalmente en el país, ya sea que carezcan de documentación migratoria o la tengan irregular, haya ordenado expresamente la salida del país, y a pesar de ello permanezcan en territorio nacional. Una vez cumplida la pena serán deportados.”*, lo cuál refleja la idea de reforzar las medidas migratorias con penalidades de prisión para tratar de disminuir el flujo migratorio al país, situación de la cuál hablaremos más adelante.

Ahora bien, mediante decreto publicado el 27 de diciembre de 1949, se reformó diversos artículos de la Ley General de Población de 1947, entre los que destacan los artículos 105 y 106 los cuáles respectivamente decían de la siguiente manera:

“Se impondrá una pena de 6 meses a 3 años de prisión a los extranjeros que se internen ilegalmente al país, con excepción de los nacionales de los países vecinos que visiten las poblaciones fronterizas, sin perjuicio de las sanciones administrativas en que éstos pueden incurrir. El ejercicio de esta acción penal por parte del Ministerio Público estará sujeto a la denuncia que en cada caso le haga la Secretaría de Gobernación por acuerdo expreso del Secretario o del Subsecretario. En todo caso los extranjeros comprendidos en este precepto serán deportados.”

“Se impondrá una pena de 2 a 5 años de prisión y multa hasta de \$5,000.00 a los extranjeros que habiendo sido deportados o expulsados se internen nuevamente al territorio nacional sin contar para ello con autorización previa de la Secretaría de Gobernación, o que no expresen u oculten su calidad de deportados o expulsados para obtener autorización de internación. El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público estará sujeto a la denuncia que en cada caso le haga la Secretaría de Gobernación por acuerdo expreso del Secretario o del Subsecretario. En todo caso los extranjeros comprendidos en este precepto serán deportados.”

De lo ya transcrito resulta importante para nuestro tema el requisito de procedibilidad por parte de la Secretaría de Gobernación, para el ejercicio de la acción penal, mismo que se comentará en el momento oportuno, el cuál actualmente prevalece en todos los delitos contenidos en la vigente Ley General de Población.

En ese orden de ideas, mediante un diverso decreto que reforma a la Ley General de Población de 1947³ la cuál en su artículo 95 decía así:

“Los extranjeros se harán acreedores a la cancelación de su documentación migratoria y a ser expulsados del país, sin perjuicio de que previamente se les aplique una pena corporal de seis meses a cinco años de prisión, en los casos siguientes:

I.- Cuando se internen ilegalmente al país, o no expresen u oculten su condición de expulsados para que se les autorice su internación;

II.- Cuando no obedezcan la orden que la Secretaría de Gobernación les dé para salir del territorio nacional dentro del plazo que para el efecto se les fije, por haber sido cancelada su documentación migratoria o encontrarse ilegalmente en el país.

III.- Cuando se dedique a actividades ilícitas o deshonestas;

IV.- Cuando auxiliien, encubran o en cualquier otra forma directa o indirecta ayuden a otro extranjero a cometer los delitos previstos en las fracciones anteriores;

V.- Cuando dolosamente hagan uso o se ostenten como poseedores de una calidad migratoria distinta de la que tienen.

Cuando la violación cometida no sea grave, la Secretaría de Gobernación sólo impondrá al extranjero infractor una multa de \$500.00 a \$5,000.00”

Del artículo anterior se observa la facultad discrecional de la Secretaría de Gobernación para presentar la querrela por lo que respecta a éste delito que en posterior legislación de 1974 se diversificaría en artículos que actualmente constituyen los delitos de la legislación migratoria, facultad que aún se conserva, no así en los mismos términos aunque sí las mismas atribuciones, situación que comentaremos más adelante.

1.2. Fundamento Constitucional.

³ Las reformas fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1960.

El Fundamento Constitucional lo encontramos en varios artículos empezando por el artículo 11 mismo que versa de la siguiente manera “*Art. 11.- Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros 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.*”⁴, siendo que el anterior artículo es el bastión de las detenciones de carácter administrativo y más en específico sobre cualquier flujo migratorio, empero primeramente se debe definir que se entiende por extranjero y nacional, al ser los primeros los principales sujetos de dichas detenciones, la primera definición la encontramos en el numeral 33 Constitucional, el cuál a su vez nos remite al diverso 30 de nuestro máximo ordenamiento jurídico, mismo que definiría como aquélla persona que no tenga la calidad de mexicano ya sea por nacimiento o naturalización, encontrando implícita la segunda definición, pues el artículo 30 señala los requisitos que deben cumplir las personas en cada caso, las cuales dan origen a la nacionalidad, misma que la podemos definir como “*el vínculo o nexo jurídico y político que relaciona a un individuo con un Estado*”,⁵ ahora bien, con fundamento en lo anterior podemos tocar el tema de las restricciones a la libertad de tránsito de los extranjeros perniciosos (entendemos gravemente dañoso), lo anterior sin confundir con la facultad designada en el artículo 33 Constitucional que corresponde al Ejecutivo quién puede hacer expulsar a cualquier extranjero cuya presencia inconveniente (no debe pasar desapercibido que la misma debe estar debidamente fundada y motivada pues de lo contrario sería un acto arbitrario que en nuestro sistema jurídico mexicano no podría existir); así como la regulación a la inmigración y emigración resultan válidas, pues la misma constituye una facultad soberana de los Estados, debido a que por una parte podría pensarse que violenta el artículo 1 de la

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, México. 2007.

⁵ WITKER, Jorge, “Derechos de los Extranjeros”, Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 2001. pág. 6.

Nuestra Constitución Federal pues en su primera parte refiere “Art. 1o.- *En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...*”⁶ situación de la cuál aún y cuando un extranjero es un individuo y goza de los Derechos Subjetivos Públicos consagrados en nuestra Constitución se puede decir que ésta limitación a la libertad de tránsito se encuentra prevista en las condiciones de la misma, por lo que no contraviene el orden Constitucional, ni estimamos se encuentre algún tipo de “*discriminación legítima de índole nacional*”⁷, pues cada Estado en uso de su soberanía puede elegir libremente los requisitos para el tránsito de “*los extranjeros que se encuentren en su territorio y regular la entrada, admisión y expulsión de los mismos, salvo lo convenido en los Tratados Internacionales debidamente ratificados en los cuáles se puede establecer limitantes en la materia*”⁸.

De lo anterior cobra aplicación las siguientes tesis:

Registro No. 325530

Localización:

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

LXXV

Página: 8043

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional

Rubro: EXTRANJEROS PERNICIOSOS.

Texto: *“La Suprema Corte ha sostenido, en diversas ejecutorias, que las disposiciones del artículo 33 constitucional son tan terminantes, que no se prestan a interpretación alguna, ni puede admitirse que la facultad concedida al Ejecutivo de la Unión para expulsar del país a los extranjeros perniciosos, puede ser limitada o restringida en determinado sentido, pues de admitirse así, se sustituiría el criterio de los tribunales federales, al del presidente de la República, cosa contraria a lo que establece el artículo 33 Constitucional. La aplicación que de ese precepto se haga a un*

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Op. Cit.

⁷ Cfr. “Los Derechos de los migrantes”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Fascículo 5. Primera edición. México.2003.p. 26.

⁸ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Derechos de los Inmigrantes”, Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. Primera edición. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 2001. pág. 4.

extranjero, no constituye una violación de garantías constitucionales, sino una limitación a ellas, autorizada por el artículo 1o. constitucional, que dispone que dichas garantías pueden restringirse y suspenderse en los casos que la misma Constitución previene”.

Precedentes: Amparo penal en revisión 3051/42. Amare Sáenz Juan y coag. 29 de marzo de 1943. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXXI, página 1291, tesis de rubro "EXTRANJEROS PERNICIOSOS."

Registro No. 320612

Localización:

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XCV

Página: 720

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: **EXTRANJEROS, SU EXPULSION DEBE SER JUSTIFICADA.**

Texto: *“El artículo 1o. de la Constitución Federal, establece la protección de ésta para todo individuo; esto es, para mexicanos y extranjeros; sin distinción de ninguna naturaleza. Igualmente previene que las garantías que otorga, no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución señala. Los artículos 103, fracción I, y 107, que establecen el juicio de amparo, no hacen distinción alguna sobre los individuos o personas a quienes alcanza esa protección. Por tanto, si el artículo 33 de la propia Carta Fundamental, faculta al Ejecutivo de la Unión, en forma exclusiva, para hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de previo juicio, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, no exime a dicho alto funcionario, de la obligación que tiene, como toda autoridad en el país, de fundar y motivar la causa legal de su procedimiento, por la molestia que causa con la deportación, ya que esa garantía está establecida por el artículo 16 de la propia Constitución. En consecuencia, sus actos no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sujetos a las normas que la misma Carta Fundamental y las leyes establecen. Siendo así, procede el juicio de garantías contra sus determinaciones, conforme al artículo 103, fracción I, expresados, para lo cual debe seguirse el procedimiento establecido por la ley reglamentaria respectiva”.*

Precedentes: Amparo penal. Revisión del auto que sobreseyó fuera de audiencia 8000/46. Diederichsen Trier Walter. 28 de enero de 1948. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Y si bien es cierto se entiende como un derecho fundamental del hombre el libre tránsito, también lo es, que existen limitaciones a ése derecho como un distingo entre sus nacionales y extranjeros, no así como una discriminación, atendiendo al principio del artículo Primero Constitucional el cuál indica, que podrán restringirse en los casos y condiciones que en ella misma se establece, motivo por el cuál el referido artículo 11 señala una de ellas.

En efecto, por lo que respecta a éste punto no debe soslayarse lo relativo al artículo 73 Constitucional, fracción XVI, la cuál otorga la facultad al Congreso de la Unión para dictar leyes sobre condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración. *“La regulación del movimiento migratorio que implica el tránsito en territorio nacional y fuera de él es una atribución del Estado Mexicano de orden administrativo, susceptible de ser considerada como tradicional, y en virtud de la cual la Administración Pública, a través de los servicios migratorios dependientes del Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Gobernación”*⁹ y más en específico del Instituto Nacional de Migración, realizan material y formalmente la ejecución de los trámites migratorios, dándole la importancia requerida para éste tipo de asuntos, debido a que se trata de una materia que interesa a toda la Federación por lo cuál no podría concebirse de distinta manera, pues en caso contrario no se podría tener un sistema integral y coherente del flujo migratorio en el país y sería un ejercicio dividido si se dejase en dado caso a las Entidades de la Federación.

Finalmente, no debe soslayarse la limitación a los extranjeros en materia de asociación signado en el artículo 9 Constitucional pues en materia política sólo los ciudadanos podrán hacer uso de éste derecho concomitantemente al diverso 8 el cual en los mismo términos limita el Derecho de petición, y el

⁹ Cfr. *“Diccionario de Derecho Internacional”*, Coordinadores Alonso Gómez-Robledo Verduzco y Jorge WITKER, U.N.A.M. Primera edición. Porrúa, México, 2001.pág. 144.

diverso 27 en el cuál encontramos una de las restricciones más importantes que lo es el de la propiedad señalando los límites en cuanto a la frontera de nuestro país, limitante justificada por la agria experiencia en la historia de nuestro país, asimismo, existen varias restricciones para ocupar algunos puestos como el de Presidente de la República y varios más en diversos ámbitos de Gobierno. No por esto debe pensarse que en el uso de las facultades discrecionales que concede la Constitución se hable de un acto totalmente ilegal, pues no debe ignorarse que debe respetar las garantías de seguridad jurídica y legalidad contenidas en los artículos 14 y 16 Constitucionales, debido a que en caso contrario sería un acto totalmente violatorio de los Derechos Subjetivos Públicos que todo individuo goza en nuestro sistema jurídico.

1.3. Contenido de la Ley General de Población.

La Ley General de Población del 7 de enero de 1974¹⁰ es de orden público y de observancia general en la República; *“su objeto es regular los fenómenos que afecten a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social”*.¹¹

Contiene ciento cincuenta y siete artículos (sin contar los cuatro artículos transitorios y sus diversas reformas) divididos en diez capítulos, los cuales son los siguientes;

Capítulo I. Objeto y Atribuciones.(artículos 1 a 6)

¹⁰ Ley General de Población. Primera edición. Editorial ISEF. México. 2007.

¹¹ VICTAL ADAME, Oscar, *“Derecho Migratorio Mexicano”*, Tercera Edición, Editorial Miguel Ángel Porrúa Universidad Anáhuac. México 1999. Pág. 32.

Capítulo	II. Migración. (artículos 7 a 31)
Capítulo	III. Inmigración. (artículos 32 a 75)
Capítulo	IV. Emigración. (artículos 76 a 80)
Capítulo	V. Repatriación. (artículos 81 a 84)
Capítulo	VI. Registro Nacional de Población. (artículos 85 a 96)
Capítulo	VII. Registro Nacional de Ciudadanos y Cédula de Identificación Ciudadana. (artículos 97 a 112).
Capítulo	VIII. Sanciones. (artículos 113 a 144)
Capítulo	IX. Del Procedimiento Migratorio. (artículos 145 a 150)
Capítulo	X. Del Procedimiento de Verificación y Vigilancia. (artículos 151 a 57).

Del anterior acervo migratorio tan sólo tocaremos los puntos que nos interesan pues el derecho migratorio mexicano es de naturaleza meramente administrativa, motivo por el cuál no abundaremos más de lo debido en aras de la limitación del presente tema.

1.3.1. Migración.

La migración *“es un fenómeno social constituyente en el desplazamiento de personas de un lugar a otro”*,¹² constituida por la emigración e inmigración, movimiento del cuál tiene diversos orígenes, mismo estudio que no abordaremos por no ser el tema a tratar sino en dado caso de la sociología o del derecho administrativo. *“El movimiento migratorio de personas se puede dar en tres ámbitos, el interno, el internacional y el interregional”*.¹³ Para efectos migratorios la ley considera movimiento migratorio el tránsito internacional de extranjeros o nacionales, ya sea de entrada o de salida al o del país (artículo 99 del Reglamento de la Ley General de Población).¹⁴

De lo anterior primero definiremos la emigración la cuál puede ser entendida como el movimiento de un conjunto de habitantes de un país que

¹² Cfr. SILVA CARREÑO, Jorge Armando, *“Derecho Migratorio Mexicano”*. Primera edición. Porrúa, México, 2004. pág 16.

¹³ VICTAL ADAME, Oscar. Op. Cit. Pág. 11.

¹⁴ Reglamento de la Ley General de Población. Editorial ISEF. México. 2006.

trasladan su domicilio a otro, por tiempo ilimitado, o en ocasiones temporalmente, viene de emigrar, del latín *emigrare*, “dejar o abandonar una persona, familia o pueblo, su propio país con ánimo de domiciliarse o establecerse en otro”,¹⁵ situación de la cuál no abundaremos más salvo lo plasmado en la Ley General de Población la cuál en su artículo 77 señala que son emigrantes los mexicanos y extranjeros que salgan de país con el propósito de residir en el extranjero.

En la Ley General de Población en el artículo 7 otorga a la Secretaría de Gobernación los distintos servicios migratorios, dividiendo ésta en Interior y exterior (artículo 8 de la citada legislación).

El primero tendrá a su cargo el servicio central al cuál le corresponde principalmente la regulación del flujo y la estancia migratoria de los extranjeros; el establecimiento de los procedimientos operativo en materia migratoria; también tiene a su cargo los servicios de delegaciones, puertos marítimos, fronterizos y aeropuertos con tránsito internacional, cuya principal obligación es la de verificar la entrada y salida de personas al o del país se efectúe con los requisitos legales correspondientes, así como expedir a los extranjeros la documentación migratoria de acuerdo con la normatividad aplicable y las disposiciones que emitan las oficinas centrales del Instituto Nacional de Migración. Al servicio Exterior le corresponde principalmente la expedición de documentación de los extranjeros que sean autorizados para internarse al país; así como auxiliar y apoyar a los migrantes mexicanos en el extranjero (de conformidad con el artículo 91 del Reglamento de la Ley General de Población.).

Por lo cuál la Secretaría de Gobernación es la única facultada con apego a la Ley General de Población así como a su reglamento para regular la entrada y salida de los nacionales y extranjeros (artículo 13 de la primera legislación citada), cumpliendo en los diversos casos los requisitos correspondientes, asimismo, regulará el tránsito en puestos aéreos, marítimos

¹⁵ “Diccionario de Derecho Internacional”, Op. Cit pág. 143.

y fronteras, anteponiendo el interés nacional, con lo cuál observamos una facultad discrecional por parte de la Secretaría de Gobernación entendiendo ésta como una decisión en su actuación o abstención, estableciendo los límites y contenido de los mismo, debiendo tomar en consideración *“la oportunidad, la necesidad, la técnica, la justicia, igualdad o las razones para actuar de una determinada forma, según el caso y de conformidad con las restricciones establecidas por la ley”*.¹⁶

Finalmente, por lo que respecta a éste punto no debe soslayarse la vigilancia a través del servicio migratorio y de la Policía Federal Preventiva (artículo 16 de la ley en comento) sin que sea impedimento el auxilio de diversas autoridades en cumplimiento a las disposiciones de carácter migratorio.

1.3.2. Inmigración.

Inmigración viene del latín *inmigrare*, de las raíces; *“en sentido amplio, es el movimiento de población por el que los individuos dejan su país de origen o residencia habitual para trasladarse a otro distinto y establecer ahí su residencia, temporal o definitiva. En sentido estricto, implica la integración del individuo a la comunidad del Estado de su nuevo asentamiento y, por tanto, su permanencia en él”*.¹⁷ En la Ley General de Población encontramos las calidades de No Inmigrante e Inmigrante (artículo 21); la primera se observa con la peculiaridad de internarse en el país temporalmente con las siguientes características; Turista, Transmigrante, Visitante, Ministro de Culto o Asociado Religioso, Asilado Político, Refugiado, Estudiante, Visitante Distinguido, Local o Provisional, y Corresponsal¹⁸; la segunda se define por el artículo 44 como *“el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de Inmigrado.”* misma que tendrá las siguientes características; Rentista, Inversionistas, Profesional, Cargos de Confianza,

¹⁶ *“Diccionario de Derecho Administrativo”*, Coordinador FERNÁNDEZ RUIZ Jorge, Primera edición. U.N.A.M., Porrúa, México. 2003.pág. 8

¹⁷ *“Diccionario de Derecho Internacional”*. Op. Cit. pág. 192.

¹⁸ En los artículos 159 y 174, del Reglamento señalan que toda autorización de un extranjero para sea admitido en el país con esta calidad debe ser concedida por acuerdo del Secretario, Subsecretario o Comisionado.

Científico, Técnico, Familiares, Artistas y Deportistas, Asimilados; concomitantemente a lo anterior inmigrado es el extranjero que adquiere derechos de residencia definitiva en el país, siendo necesario una declaración expresa por parte de la Secretaría de Gobernación de conformidad con los artículos 25, 53 y 54 de la Legislación migratoria, para lo cuál necesita cumplir con la temporalidad de cinco años en residencia en nuestro país con un comportamiento honesto y actividades positivas para la comunidad, cumpliendo con la normatividad migratoria. En ese orden de ideas se observan las dos calidades migratorias cada una con sus características, de las cuales todo extranjero que requiera ingresar al país lo hará cumpliendo con los requisitos en específico dependiendo de la calidad y característica, lo cuál permite la entrada legalmente al país según el artículo 41, y en caso contrario se hará acreedor a alguna de las sanciones establecidas en el capítulo correspondiente sin perjuicio de la expulsión cuando procediese, asimismo, el artículo 62 de la multicitada Ley señala:

“Para internarse en la República los extranjeros deberán cumplir los requisitos siguientes:

- I. Presentar certificado oficial de buena salud física y mental, expedido por las autoridades del país de donde procedan, en los casos que fije la Secretaría de Gobernación;*
- II. Ser aprobados en el examen que efectúen las autoridades sanitarias;*
- III. Proporcionar a las autoridades de Migración, bajo protesta de decir verdad, los informes que les sean solicitados;*
- IV. Identificarse por medio de documentos idóneos y auténticos y, en su caso, acreditar su calidad migratoria;*
- V. Presentar certificado oficial de su antecedentes, expedido por la autoridad del lugar donde hayan residido habitualmente, en los casos que fije la Secretaría de Gobernación; y*
- VI. Llenar los requisitos que se señalen en sus permisos de internación.”*

Cabe señalar la amplia facultad de la Secretaría de Gobernación pues la Ley General de Población en su artículo 37 le da la atribución de negar a los extranjeros la entrada al país, y van desde la reciprocidad Internacional hasta infringir la Ley, su reglamento (artículo 106), así como diversas disposiciones, concomitante al artículo 38, el cuál faculta a la citada autoridad a suspender o prohibir la admisión de extranjeros cuando así lo requiera el interés nacional.

1.3.3. Repatriación.

El artículo 81 de la Ley General de Población considera como repatriados a los emigrantes nacionales que vuelven al país después de residir por lo menos dos años en el extranjero, de igual manera el diverso artículo 82 párrafo segundo otorga la misma categoría a los nacionales que por virtud de situaciones excepcionales, requieran el auxilio de la Secretaría de Gobernación para ser reinternados al país. Repatriación que la Secretaría de Gobernación estimulará y promoverá su radicación de los nacionales en lugares donde puedan ser útiles, mismo que se coordinará con la Secretaría de la Reforma Agraria, así como de diversos organismos Federales, Locales y Municipales para distribuir en los centros de población existentes y en los que se creen a los contingentes de repatriados que en forma colectiva se internen al país (artículos 82-84 de la Ley General de Población).

1.3.4. Procedimientos Administrativos.

Como procedimiento Administrativo entenderemos, *“el medio o vía legal de realización de actos que en forma directa o indirecta concurren en la producción definitiva de los actos administrativos en la esfera de la administración, quedando incluidos los de producción, ejecución, autocontrol e impugnación de los actos administrativos y todos aquellos cuya intervención se traduce en dar definitividad a la conducta administrativa”*,¹⁹ situación de la cuál no abundaremos en virtud de la extensión del tema ya que se podría hacer un tratado del procedimiento administrativo y sus diferentes teorías, motivo por el cuál tomaremos la citada definición como la apropiada para el tema pues a nuestra consideración colma todos los extremos del tema en cuestión.

1.3.4.1.1. Procedimiento Migratorio.

¹⁹ “Diccionario de Derecho Administrativo”, Op.Cit. pág. 215.

Dentro del Procedimiento Migratorio encontramos los trámites referentes a la información al usuario del servicio sobre formatos y requisitos generales; recepción de solicitudes; revisión y dictamen de documentos; determinación de requisitos; sanciones;²⁰ así como todo lo referente a la internación, estancia y salida de los extranjeros, y permisos que se soliciten al Servicio de Migración, mismos que de conformidad con el artículo 95 del Reglamento de la Ley General de Población, la Secretaría de Gobernación establecerá formatos para su tramitación, cuyo uso es obligatorio según lo disponga su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

*“Cada forma migratoria contiene las condiciones, autorizaciones y limitaciones que correspondan, las limitaciones migratorias con las que ingresan al país y las actividades que pueden desempeñar durante su estancia, así como la vigencia del documento”.*²¹

Estas formas fueron incluidas en la Circular número 014/2000, por la que se da a conocer el Manual de Trámites Migratorios del Instituto Nacional de Migración, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2000, de las que destacan las siguientes:

TMN-I-1. TURISTAS.
TMN-I-2. TRANSMIGRANTE.
TMI-I-31. FAMILIAR.
TMI-E-33. CAMBIO DE CALIDAD DE NO INMIGRANTE A INMIGRANTE.
TMI-E-39. ASIGNACIÓN DE NUMERO EN EL REGISTRO NACIONAL DE EXTRANJEROS

Asimismo, cabe destacar las formas migratorias referentes a los inmigrantes y no inmigrantes en todas y cada una de sus características. Todos los trámites se hacen ante el Instituto Nacional de Migración, sus Delegaciones o Subdelegaciones, debiendo resolver en el término que indica cada forma migratoria siendo algunos de carácter inmediato y otros de hasta 30 días naturales, y no así los noventa días que señala el artículo 150, segundo párrafo, de la Ley General de Población, tratando de darle celeridad a las

²⁰ VICTAL ADAME, Oscar. Op.Cit. Pág. 57.

²¹ WITKER, Jorge. Op.Cit. Pág. 57.

promociones suscritas por los interesados, (las cuáles deberán ir acompañadas de las constancias necesarias), quiénes deberán acreditar su interés jurídico en el trámite migratorio, pudiendo comparecer en forma directa o por conducto de apoderado legalmente autorizado.

De igual forma la autoridad migratoria podrá allegarse de los medios de prueba que considere necesario para mejor proveer, sin más limitaciones que la propia ley, y una vez cubiertos todos los trámites respectivos dictará resolución sobre todas las cuestiones planteadas por el interesado y las que de oficio deriven del mismo (artículos 145 a 150 de la última legislación en comento).

1.3.4.2. Procedimiento de vigilancia.

Este procedimiento como su nombre lo indica tiene la finalidad de que las autoridades migratorias ejerzan funciones de verificación y vigilancia sobre los extranjeros, y en el caso de encontrarse violaciones a la Ley General de Población, así como a su reglamento y demás disposiciones de carácter migratorio, se aplique la correspondiente sanción, para lo cuál la Secretaría de Gobernación a través del personal de los servicios de migración y de la Policía Federal Preventiva podrán hacer las siguientes diligencias de conformidad con el artículo 151 de la Ley General de Población: Visitas de verificación; comparecencia del extranjero ante la autoridad migratoria; recepción y desahogo de denuncias y testimonios; solicitud de informes; Revisión migratoria en rutas o puntos provisionales distintos a los establecidos y; obtención de los demás elementos de convicción necesarios para la aplicación de la Ley General de Población.

Para la substanciación del presente recurso se aplicará lo dispuesto en la Ley General de Población así como su reglamento y supletoriamente la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, mismo que se sujetará a lo siguiente (artículo 196 del Reglamento de la Ley General de Población):

El servidor público que realice la verificación que corresponda, deberá contar con un oficio de comisión, el cual hará constar el objeto del acto de verificación, el lugar donde éste va a efectuarse y el nombre de la persona a la que va dirigido, en el caso de que se disponga de éste, fecha, fundamento legal, así como el nombre, firma y cargo del servidor público que lo expide y del que la realizará.

El personal comisionado deberá identificarse ante el extranjero o la persona ante quien se realice la verificación, con la credencial que lo acredite como servidor público del Instituto Nacional de Migración y, en su caso, de la Policía Federal Preventiva.

Del resultado de la verificación, la autoridad determinará si es necesaria la comparecencia del extranjero, ante la autoridad que corresponda, la cual levantará el acta administrativa, y procederá a entregar copia autógrafa de la misma al interesado en presencia de dos testigos propuestos por el extranjero o la persona con quién se entienda ésta y en caso de no querer firmar el acta no afectará la validez de la diligencia siempre y cuando el verificador lo haga constar en el acta (artículos 196 y 197 del Reglamento de la Ley General de Población).

Asimismo, el artículo 198 del Reglamento de la Ley General de Población, dice que si la persona encargada de realizar funciones de verificación o vigilancia sorprenda o encuentre a cualquier persona incurriendo en alguno de los supuestos que ameriten expulsión, en los términos del artículo 125 de la Ley de la Materia, deberá ponerla de inmediato a disposición de la autoridad competente, de igual forma actuará cuando dicha infracción resulte de la visita de conformidad con el artículo 199 del Reglamento de la Ley General de Población. Empero si se trata de la comisión de un delito que se persiga de oficio, el diverso 200 del mismo ordenamiento señala que se procederá a poner a la persona, objetos y valores que tengan relación con el ilícito a disposición de la autoridad ministerial competente.

Concomitantemente al procedimiento de vigilancia el artículo 201 del Reglamento de la Ley General de Población dispone que todas las autoridades

de la República están obligadas a poner de inmediato a disposición de la Secretaría de Gobernación, a los extranjeros que no acrediten su legal estancia en el país. En caso de incumplimiento se aplicará la sanción de multa o destitución en caso de reincidencia (artículo 114 de la Ley General de Población). De igual manera el diverso artículo 202 del mismo reglamento obliga a las autoridades Judiciales y Administrativas a poner del conocimiento de la Secretaría de Gobernación, la filiación de los extranjeros que se encuentren sujetos a proceso, en el momento en que éste se inicie, indicando, además, el delito del que sean probables responsables, así como de la sentencia si se llegase a dictar, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que ésta se haya emitido. Y una vez de haberse cumplido ésta debe comunicarlo de inmediato a la referida Secretaría y poner al extranjero a disposición de las autoridades migratorias para que resuelvan lo conducente, respecto de su situación migratoria.

Ahora bien, la autoridad migratoria recibirá las denuncias que se le presenten en forma verbal o por escrito, mismas que deberán contener el nombre del denunciante, nacionalidad, domicilio y una relación sucinta de los hechos; debiendo acompañar las pruebas con que se cuenta, (artículo 204 del Reglamento de la Ley General de Población) y en el caso de derivarse del procedimiento de verificación una denuncia, la autoridad migratoria tendrá la obligación de informar al denunciante el resultado de la investigación correspondiente, para lo cuál las autoridades administrativas y judiciales, personas físicas o morales estarán obligadas a proporcionar a la Secretaría de Gobernación los informes que sobre esta materia les solicite.

En el caso de asegurarse a un extranjero, será puesto de inmediato a disposición del responsable de la estación migratoria, quien lo comunicará por escrito a sus superiores jerárquicos (artículo 207 del Reglamento citado) procediéndose de conformidad con el artículo 209 del multicitado reglamento de la siguiente forma:

Se le practicará examen médico, mediante el cual se certificarán las condiciones psicofísicas del mismo; podrá comunicarse con la persona que

solicite, vía telefónica o por cualquier otro medio que se disponga; se notificará de inmediato a su representante consular acreditado en México, y en caso de no contar con pasaporte se solicitará la expedición de éste o del documento de identidad y viaje; se levantará inventario de las pertenencias que traiga consigo, mismas que se depositarán en el área establecida para ello; se procederá a su declaración mediante acta administrativa y en presencia de dos testigos, haciéndole saber los hechos que se le imputan, su derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga; ello siempre y cuando la autoridad migratoria no lo hubiere declarado al momento de ser asegurado. En caso de ser necesario, se habilitará traductor para el desahogo de la diligencia.

Al momento de ser levantada el acta, se notificará al extranjero el derecho que tiene a nombrar representante o persona de su confianza que lo asista durante la misma; el extranjero tendrá acceso al expediente que sobre el particular se integre; Destacando que la fracción VI del artículo en comento menciona que se le deberá proporcionar durante su estancia un espacio digno, alimentos, enseres básicos para su aseo personal y atención médica en caso de ser necesario, siendo lo anterior letra muerta, pues en la mayoría de las estaciones migratorias se encuentran en situaciones precarias con deficientes condiciones higiénicas en el mejor de los casos, pues se ha encontrado situaciones en las cuáles se habilitan lugares que originalmente están destinados para detenciones de carácter penal o sanciones administrativas que fungen como estaciones migratorias.²²

El extranjero tendrá derecho a ser visitado durante su estancia por sus familiares, su representante o persona de su confianza; en el caso de aseguramiento de familias, se alojarán en la misma instalación y la autoridad permitirá la convivencia diaria, de conformidad con las disposiciones administrativas aplicables (que en el caso son las disposiciones del propio Instituto Nacional de Migración y de Secretaría de Gobernación a través de Circulares y formas migratorias).

²² Para mayor abundamiento consultar TAMES PEÑA, Beatriz, Op. Cit. pág. 104.

Al ser autorizada la salida del extranjero de la estación migratoria, se le devolverán todas las pertenencias que le hayan sido recogidas en su ingreso, excepto la documentación falsa que haya presentado; Quedando constancia de todo lo referido con antelación.

Ahora bien, según el artículo 210 del reglamento y 157 de la Ley General de Población la Secretaría de Gobernación refieren que una vez cubiertos los requisitos ya referidos resolverá lo conducente en un máximo de quince días hábiles, debiendo notificarlo al interesado personalmente, a través de su representante legal, o por correo certificado con acuse de recibo; en este caso, la autoridad considerará la naturaleza y gravedad de la infracción para determinar la sanción a que la persona se haya hecho acreedora, debiendo siempre tomar en cuenta las circunstancias del caso, las pruebas que aporte el interesado así como su manifestación.

En ese orden de ideas, cuando se decrete la expulsión de un extranjero del territorio nacional, se observará lo siguiente según el artículo 211 del reglamento de la Ley General de Población :

La orden de expulsión se ejecutará de inmediato previa notificación personal, ahora bien, cuando por circunstancias ajenas a la autoridad migratoria no se pueda ejecutar la orden de expulsión, ésta podrá ampliar la temporalidad señalada, debiéndose fundar y motivar el acuerdo correspondiente.

Cuando un representante consular acreditado, un extranjero con residencia legal o un mexicano lo solicite, el extranjero podrá ser puesto bajo su custodia, siempre y cuando otorgue garantía para comparecer ante la autoridad migratoria y cumpla con las obligaciones como lo es concurrir cuantas veces se le requiera, así como firmar el respectivo libro de control de extranjeros; la custodia tendrá vigencia en tanto no se ejecute la orden de expulsión correspondiente.

Finalmente, por lo que respecta a éste procedimiento no se debe soslayar el hecho de que se puede sustituir la orden de expulsión por un oficio

de salida, siempre y cuando se acredite alguno de los siguientes supuestos: que no se trate de un extranjero que viole en forma reiterada la Ley; que el extranjero lo solicite de manera voluntaria, o; como consecuencia de un trámite migratorio (artículo 212 del reglamento de la Ley General de Población), lo cuál deja ver la amplia facultad discrecional que tiene la autoridad administrativa en materia migratoria, pues casi de manera unilateral decide quién permanece o no en el territorio nacional.

1.4. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE MIGRACIÓN.

1.4.1. SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN.

De conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal es una Secretaría de Estado de la Administración Pública Centralizada (artículos 1, 10 y 26),²³ y por ende carece de personalidad jurídica y patrimonio propio.

Misma dependencia de la cuál en concordancia con el numeral 27, fracción IV, del ordenamiento en cita le corresponden entre otras facultades la de formular y conducir la política de población, situación que deriva en múltiples facultades en materia de migración y política interior mismas que son reglamentadas por la Ley General de Población de las cuales podemos destacar las siguientes:

- Adecuar los programas de desarrollo económico y social a las necesidades que planteen el volumen, estructura, dinámica y distribución de la población (artículo 3, fracción I);
- Influir en la dinámica de la población a través de los sistemas educativos, de salud pública, de capacitación profesional y técnica, y de protección a la infancia, y obtener la participación de la colectividad en la solución de los problemas que la afectan (artículo 3, fracción IV);

²³ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Primera edición. Editorial ISEF, México. 2007.

- Sujetar la inmigración de extranjeros a las modalidades que juzgue pertinentes, y procurar la mejor asimilación de éstos al medio nacional y su adecuada distribución en el territorio (artículo 3, fracción VII);
- Restringir la emigración de nacionales cuando el interés nacional así lo exija (artículo 3, fracción VIII);
- Procurar la planificación de los centros de población urbanos, para asegurar una eficaz prestación de los servicios públicos que se requieran (artículo 3, fracción IX);
- Estimular el establecimiento de fuertes núcleos de población nacional en los lugares fronterizos que se encuentren escasamente poblados (artículo 3, fracción X);
- Procurar la movilización de la población entre distintas regiones de la República con objeto de adecuar su distribución geográfica a las posibilidades de desarrollo regional, con base en programas especiales de asentamiento de dicha población (artículo 3, fracción XI);
- Promover la creación de poblados, con la finalidad de agrupar a los núcleos que viven geográficamente aislados (artículo 3, fracción XII);
- Organizar y coordinar los distintos servicios migratorios (artículo 7, fracción I);
- Vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros, y revisar la documentación de los mismos (artículo 7, fracción II);
- Es facultad exclusiva de la Secretaría de Gobernación fijar los lugares destinados al tránsito de personas y regular el mismo, por puertos marítimos, aéreos y fronteras, previa opinión de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, Comunicaciones y Transportes, Salubridad y Asistencia, Relaciones Exteriores, Agricultura y Ganadería y en su caso la de Marina; asimismo consultará a las demás dependencias y organismos que juzgue conveniente (artículo 10).
- Reglamentará de acuerdo con las particularidades de cada región, las visitas de extranjeros a poblaciones marítimas, fronterizas y aeropuertos con tránsito internacional. Lo mismo se observará respecto del tránsito diario entre las poblaciones fronterizas y las colindantes del extranjero,

respetando en todo caso los tratados o convenios internacionales sobre la materia (artículo 20).

- Fijará, previos los estudios demográficos correspondientes, el número de extranjeros cuya internación podrá permitirse al país, ya sea por actividades o por zonas de residencia, y sujetará a las modalidades que juzgue pertinentes, la inmigración de extranjeros, según sean sus posibilidades de contribuir al progreso nacional(artículo 32).
- Fijar a los extranjeros que se internen en el país las condiciones que estime convenientes respecto a las actividades a que habrán de dedicarse y al lugar o lugares de su residencia. Asimismo, cuidará de que los inmigrantes sean elementos útiles para el país y de que cuenten con los ingresos necesarios para su subsistencia y en su caso, la de las personas que estén bajo su dependencia económica (artículo 34).
- Resolver de manera expedita la situación de los extranjeros que sufran persecuciones políticas o aquéllos que huyan de su país de origen, en los supuestos previstos para la característica de refugiado, admitidos provisionalmente por las autoridades de migración. (artículo 35)
- Negar a los extranjeros la entrada al país o el cambio de calidad o característica migratoria por cualesquiera de los siguientes motivos cuando; no exista reciprocidad internacional; lo exija el equilibrio demográfico nacional; no lo permitan las cuotas a que se refiere el artículo 32 de la Ley General de Población; se estime lesivo para los intereses económicos de los nacionales; hayan infringido las leyes nacionales o tengan malos antecedentes en el extranjero; no se encuentren física o mentalmente sanos a juicio de la autoridad sanitaria. (artículo 37)
- Suspender o prohibir la admisión de extranjeros, cuando así lo determine el interés nacional. (artículo 38)
- Cuando los extranjeros contraigan matrimonio con mexicanos o tengan hijos nacidos en el país, podrá autorizar su internación o permanencia legal en el mismo. Si llegare a disolverse el vínculo matrimonial o dejare de cumplirse con las obligaciones que impone la legislación civil en materia de alimentos, por parte del cónyuge extranjero, podrá

cancelársele su calidad migratoria y fijarle un plazo para que abandone el país -excepto si ha adquirido la calidad de inmigrado-, confirmar su permanencia, o bien autorizar una nueva calidad migratoria, a juicio de la Secretaría de Gobernación. (artículo 39)

- Renovar el permiso a los refugiados con estancia en el país, cuantas veces lo estime necesario. Si el refugiado viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su característica migratoria y le podrá otorgar la calidad que juzgue procedente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el refugiado se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Secretaría. El refugiado no podrá ser devuelto a su país de origen, ni enviado a cualquier otro, en donde su vida, libertad o seguridad se vean amenazadas. Podrá dispensar la sanción a que se hubiere hecho acreedor por su internación ilegal al país, al extranjero a quien se otorgue esta característica migratoria, atendiendo al sentido humanitario y de protección que orienta la institución del refugiado. (artículo 42 fracción VI)
- Autorizar la internación de los inmigrantes que hayan sido aceptados y corroborar que los mismos están cumpliendo con las condiciones que les fueron señaladas al autorizar su internación y con las demás disposiciones migratorias aplicables a fin de que sea refrendada anualmente, si procede, su documentación migratoria. (artículo 45)
- Señalarle al extranjero un plazo para abandonar el país o concederle un término para su regularización, a juicio de la propia Secretaría, en caso de que durante la temporalidad concedida dejare de satisfacerse la condición a que está supeditada la estancia en el país de un Inmigrante, debiendo comunicar a la misma dentro de los quince días siguientes, a fin de que se proceda a la cancelación de su documentación migratoria.
- Podrá interrumpir la pérdida de la calidad de un extranjero, cuando el inmigrante permanezca fuera del país más de dos años (artículo 47); así como condicionar la internación y permanencia por más de seis meses en el país de científicos o técnicos extranjeros, a que cada uno de éstos sean solicitados por instituciones de su especialidad e instruyan en ella a

mexicanos mediante conferencias, cursos y cátedras, entre otros medios. (artículo 49)

- Es una facultad exclusiva la declaratoria de inmigrado a un extranjero. (artículo 54)
- Establecerá estaciones migratorias en los lugares de la República que estime conveniente para alojar en las mismas, como medidas de aseguramiento, si así lo estima pertinente, a los extranjeros cuya internación se haya autorizado en forma provisional, así como a aquéllos que deben ser expulsados. (artículo 74).
- Realizar la Querrela correspondiente en los delitos de la Ley General de Población (artículo 143).

1.4.2. Instituto Nacional de Migración.

El Instituto Nacional de Migración es un Órgano Técnico Desconcentrado, dependiente de la Secretaría de Gobernación y tiene por objeto la planeación; ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios que presta el Gobierno Federal, así como la atención de los asuntos relacionados con dicha materia y el ejercicio de la coordinación con las dependencias de la Administración Pública Federal.²⁴

De conformidad con el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de octubre de 1993 su creación obedeció a la creciente complejidad de los fenómenos migratorios originando la necesidad de desconcentrar las actividades del área responsable de la atención de estos asuntos esfuerzos para llevar a cabo acciones preventivas y operativas encaminadas a su control, concomitantemente a modernizar las estructuras del Estado para garantizar nuestra soberanía en materia de población, mediante procedimientos, técnicas y equipos actualizados, que permitan enfrentar con mayor eficacia los problemas vinculados con dicho fenómeno.

Ahora bien, el artículo 2 del citado decreto señala que para el desarrollo de sus atribuciones, el Instituto contará con los servidores públicos que se

²⁴ Diario Oficial de la Federación de 19 de octubre de 1993 en el considerando.

requieran y el personal adscrito a la Policía Federal de Migración, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, concomitante al diverso numeral 3 y 57 del reglamento interior de la Secretaría de Gobernación²⁵ que señalan sus atribuciones de las cuales destacan las siguientes:

- Coordinar y orientar, con base en las instrucciones y lineamientos que expida el Secretario de Gobernación, la instrumentación de las políticas en materia migratoria.
- Tramitar y resolver sobre la internación, legal estancia y salida del país de los extranjeros, así como la cancelación, cuando el caso lo amerite, de las calidades migratorias otorgadas;
- Tramitar y resolver sobre el otorgamiento y cambio de las calidades y características de no inmigrantes y de inmigrantes, así como la declaratoria de inmigrado;
- Tramitar y resolver lo relativo a los refrendos, revalidaciones, reposiciones, ampliaciones y prórrogas de la documentación migratoria de los extranjeros.
- Tramitar y resolver sobre la devolución de los depósitos que los extranjeros efectúen para garantizar las obligaciones que les señale la Ley General de Población y su Reglamento;
- Tramitar y resolver lo relativo a las solicitudes de matrimonio de extranjeros con mexicanos e intervenir en los demás actos del estado civil en los cuales participen extranjeros;
- Expedir certificados de legal estancia en el país para los efectos de matrimonio, divorcio o nulidad de matrimonio referentes a los extranjeros;
- Tramitar, acordar y ejecutar la expulsión de extranjeros que lo ameriten y girar las circulares de impedimento de internación, a la Secretaría de Relaciones Exteriores y a las Delegaciones Regionales del Instituto;
- Imponer las sanciones previstas por la Ley General de Población y su Reglamento;
- Instruir, lo necesario para el cumplimiento de arraigos judiciales ordenados respecto a nacionales o extranjeros;

²⁵ Reglamento interno de la Secretaría de Gobernación. Primera edición. Porrúa. México. 2007.

- Elaborar, aplicar y controlar los cuestionarios estadísticos de entrada y salida del país de nacionales y extranjeros residentes en el territorio nacional;
- Llevar el control del movimiento migratorio de las Delegaciones Regionales del Instituto;
- Proponer las normas a que deban sujetarse los inmigrantes y determinar las políticas de inmigración que convengan al país;
- Proporcionar los informes que solicite la Secretaría de Relaciones Exteriores para expedir las cartas de naturalización y los certificados de nacionalidad mexicana, así como llevar el registro de los mismos que conceda dicha Secretaría y expedir el documento de registro correspondiente;
- Llevar y mantener actualizado el Registro Nacional de Extranjeros;
- Investigar si los extranjeros cumplen con las obligaciones migratorias establecidas, y en caso de violación a las disposiciones sobre la materia, presentarlos ante las autoridades competentes;
- Asegurar en las estaciones migratorias a los extranjeros que violen la Ley General de Población, cuando el caso lo amerite;
- Intervenir en el trámite y ejecutar el acuerdo que dicte el titular del ramo, por el que se establezca o suprima un lugar destinado al tránsito internacional de personas;
- Operar y controlar los archivos de la documentación migratoria;
- Formular en nombre del Instituto las denuncias y querellas que legalmente procedan y otorgar el perdón en aquellos delitos que se persiguen por querrela;
- Intervenir, rendir informes previos y justificados en materia de amparo; interponer recursos y contestar cualquier demanda, así como dar seguimiento y atender toda clase de procedimientos judiciales o contenciosos administrativos que competan al Instituto;
- Elaborar y dictaminar convenios, acuerdos y bases de coordinación con entidades gubernamentales y organismos no gubernamentales;
- Realizar acciones orientadas a prevenir delitos previstos en la Ley General de Población.

En ese orden de ideas, para la realización de las atribuciones anteriores el Instituto de conformidad con el artículo 4 del decreto se integraba con un Consejo; un Comisionado; una Coordinación de Supervisión y Control Operativo, Una Coordinación de Regulación de Estancia; Una Coordinación Jurídica y de Control de Inmigración; una Coordinación de Planeación e Investigación; una Coordinación de Relaciones Interinstitucionales; una Dirección de Administración, y Delegaciones Regionales, esta integración se vio modificada casi en su totalidad por el artículo 58 del reglamento interno de la Secretaría de Gobernación, lo anterior atendiendo a el principio de especificidad en cuanto a que como ya se dijo su naturaleza jurídica es un órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Gobernación, motivo por el cuál de conformidad con el artículo 58 del citado reglamento su dirección estará a cargo de un Consejo Directivo y un Consejo Técnico, ambos de carácter intersecretarial, y sus funciones operativas como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación estarán a cargo de un Comisionado, quien será nombrado y removido por el titular del Ejecutivo Federal, por conducto del Secretario de Gobernación.

Como unidades de apoyo al Comisionado, se establecen las coordinaciones de Regulación Migratoria; de Control y Verificación Migratoria; de Relaciones Internacionales e Interinstitucionales; de Delegaciones; Jurídica; de Planeación e Investigación, y de Administración, así como las delegaciones regionales.

Ahora bien, el Consejo Directivo estará integrado por el Secretario de Gobernación; por el Subsecretario de Población, Migración y Asuntos Religiosos; por un Subsecretario de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, un Subsecretario de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo y por el Oficial Mayor de la Secretaría de Gobernación, con voz y voto en las sesiones. El Contralor Interno en la Secretaría de Gobernación y el Comisionado del Instituto Nacional de Migración asistirán con voz, pero sin voto. En caso de empate, el Presidente del Consejo Directivo tendrá voto de calidad. El Consejo Directivo será presidido por el Secretario de Gobernación y, en su ausencia, será substituido por el Subsecretario de Población, Migración y

Asuntos Religiosos. Los demás miembros titulares del Consejo Directivo serán suplidos por un servidor público de la dependencia respectiva de rango inmediato inferior al de aquéllos.

El Consejo se reunirá en sesión ordinaria por lo menos dos veces al año, y en sesión extraordinaria cuantas veces sea convocado por su Presidente (artículo 59 del citado reglamento).

En cuanto al Consejo Directivo tendrá las siguientes atribuciones de conformidad con el artículo 60 del multicitado reglamento:

- Aprobar el proyecto del programa presupuesto anual del Instituto, así como sus modificaciones;
- Nombrar al Secretario Técnico del Consejo;
- Aprobar los proyectos de manuales de organización, procedimientos y servicios correspondientes al Instituto, así como sus modificaciones;
- Aprobar las políticas y lineamientos en materia de recursos humanos;
- Evaluar y, en su caso, aprobar los informes periódicos que rinda el Comisionado, sobre la gestión del órgano administrativo desconcentrado.

De conformidad con el artículo 60 del reglamento en comento, el Consejo Técnico será órgano de consulta en la materia. Estará presidido por el Subsecretario de Población, Migración y Asuntos Religiosos y se integrará por representantes de las secretarías de Relaciones Exteriores; de la Defensa Nacional; de Marina; de Hacienda y Crédito Público; de Economía; de Comunicaciones y Transportes; de Contraloría y Desarrollo Administrativo; de Educación Pública; del Trabajo y Previsión Social, y de Turismo, así como de la Procuraduría General de la República. Sesionará en forma ordinaria por lo menos una vez al año y en forma extraordinaria las veces que sea necesario a juicio de su Presidente, para lo cual se instruirán las convocatorias correspondientes. Sus acuerdos deberán constar en un libro autorizado al efecto y se tomarán por mayoría de votos. En caso de empate, el Presidente tendrá voto de calidad.

Por lo que respecta a las atribuciones del Comisionado el artículo 62 del reglamento interior de la Secretaría de Gobernación las enuncia de las cuales destacamos las siguiente:

- Fungir como Secretario del Consejo Técnico del Instituto Nacional de Migración;
- Dirigir los servicios migratorios, las estaciones migratorias y la Unidad de Verificación y Vigilancia;
- Solicitar a las autoridades competentes, con apego a las disposiciones legales aplicables, información sobre la situación que guarda la evolución del fenómeno migratorio, en su ámbito de competencia;
- Establecer la coordinación con autoridades federales, estatales, del Distrito Federal y municipales o delegacionales que participen en la promoción y control de flujos migratorios;
- Mantener el enlace de carácter técnico con autoridades de gobiernos extranjeros y organismos internacionales, en la materia de su competencia;
- Vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas en materia de protección de derechos humanos de los migrantes y difundir el respeto a los mismos;
- Proponer y promover la actualización permanente de las cuotas para el cobro de derechos por la prestación de servicios; intervenir, conforme a las leyes fiscales respectivas, en la recaudación y aplicación de los ingresos derivados de conceptos migratorios, así como definir estrategias y criterios para la diversificación del financiamiento del Instituto Nacional de Migración y proponer las cuotas, tarifas y derechos por servicios migratorios;
- Establecer normas, lineamientos y políticas en materia de información estadística migratoria;
- Proponer la celebración de convenios y demás actos jurídicos, y en general llevar a cabo todas aquellas actividades directamente relacionadas con la prestación de servicios, investigación, difusión y asesoría, en los términos que disponga el Secretario de Gobernación, y

dictar lineamientos para la coordinación de las actividades de los delegados regionales del Instituto.

En lo tocante a las atribuciones de la Coordinación de Regulación Migratoria tiene como principales las siguientes (de conformidad con el artículo 63 del reglamento interior de la Secretaría de Gobernación):

- Atender y resolver las solicitudes de trámite en la calidad migratoria de no inmigrantes en lo relativo a turistas, transmigrantes, visitantes, ministros de culto y asociados religiosos, asilados políticos, refugiados, estudiantes, visitantes distinguidos, locales y provisionales, y corresponsales;
- Atender y resolver las solicitudes de trámite en la calidad migratoria de inmigrantes en lo relativo a rentistas, inversionistas, profesionales, cargos de confianza, científicos, técnicos, familiares, artistas y deportistas, y asimilados;
- Resolver en relación a las solicitudes para adquirir la calidad de inmigrado;
- Dirigir, coordinar y vigilar que las resoluciones en materia de migración se ajusten a lo dispuesto en la Ley General de Población, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables;
- Planear, organizar y dirigir la recepción y entrega de documentación a extranjeros, en las calidades de no inmigrantes, inmigrantes e inmigrados; controlar el archivo migratorio; evaluar y dar seguimiento a los programas del Instituto; e inscribir y registrar a los extranjeros para el control y expedición de documentos migratorios.

Por lo que corresponde a la Coordinación de Control y Verificación Migratoria referimos las siguientes facultades (artículo 64 del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación):

- Vigilar el cumplimiento de la legislación aplicable en materia de migración por parte de los extranjeros que se internen, salgan o permanezcan en el país; aplicar las sanciones, expulsiones y otras medidas que procedan a los extranjeros que incumplan las

disposiciones, y asegurar en las estaciones migratorias a los extranjeros que lo ameriten;

- Sustanciar el procedimiento administrativo migratorio y dictar la resolución que en derecho corresponda al caso concreto;
- Coordinar, supervisar y evaluar la aplicación de las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias, en lo relativo al ingreso, estancia y disciplina de los extranjeros asegurados;
- Proponer y, en su caso, ejecutar los programas, métodos, sistemas de operación y procedimientos a los que los integrantes de la Unidad de Verificación y Vigilancia deberán sujetarse para el mejor desempeño de sus funciones.

Ahora bien, la Coordinación de Relaciones Internacionales e Interinstitucionales tiene entre otras facultades las que se enuncian (Artículo 65 del reglamento en cita):

- Proponer y estudiar disposiciones, convenios y Tratados Internacionales en materia migratoria y servir de enlace con los organismos homólogos al Instituto en otros países;
- Coordinar las relaciones con las dependencias y entidades gubernamentales, así como con organismos y asociaciones académicos y civiles.

En ese orden de ideas son atribuciones de la Coordinación de Delegaciones la siguientes (artículo 66 del reglamento en cita):

- Estudiar la problemática migratoria y administrativa de las delegaciones regionales del Instituto;
- Proponer y, en su caso, ejecutar las políticas que se acuerden en las áreas centrales sustantivas y administrativas de la Secretaría para ser aplicadas en las delegaciones regionales que se establezcan;
- Proponer y, en su caso, supervisar la operación de la estructura migratoria regional, así como los mecanismos de enlace y operación entre las delegaciones y las áreas centrales del Instituto, y entre las propias delegaciones.

De igual manera las principales atribuciones de la Coordinación Jurídica son (artículo 67 del reglamento en cita):

- Intervenir en los asuntos de carácter legal en que tenga injerencia el Instituto y emitir opinión respecto a las consultas que en materia jurídica formulen los servidores públicos del propio Instituto;
- Proponer los proyectos de leyes, decretos, reglamentos, convenios, acuerdos, circulares y demás disposiciones que sean de la competencia del Instituto, así como sistematizar y difundir la normatividad, criterios de interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas que normen los servicios migratorios, en los términos que le señalen la Unidad de Asuntos Jurídicos y la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, ambas de la Secretaría de Gobernación;
- Formular las denuncias y querellas que procedan e intervenir en los juicios de amparo;
- Emitir opinión ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en los casos de naturalización y rendir los informes a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos;
- Sustanciar, conforme a las disposiciones legales aplicables, los recursos que interpongan los particulares contra actos y resoluciones del Instituto y, en su caso, proponer las resoluciones que procedan.

En ese orden de ideas el Artículo 68 del referido reglamento interior dice las atribuciones de la Coordinación de Planeación e Investigación:

- Proponer y, en su caso, coordinar la instrumentación, control y evaluación de los programas del Instituto Nacional de Migración, y proponer las medidas necesarias para impulsar la modernización integral e innovación del mismo;
- Investigar, analizar y realizar estudios de los fenómenos migratorios mundiales y nacionales, apoyándose en el centro de estudios migratorios; elaborar estadísticas e informes y proponer las políticas en la materia;

- Diseñar, desarrollar e instrumentar sistemas y estándares de informática y de comunicaciones que permitan optimizar la operación de las áreas del Instituto, así como captar información en materia migratoria a través de un sistema nacional de información migratoria.

En lo concerniente a la Coordinación de Administración el artículo 69 señala sus facultades entre las cuales destacamos las siguientes:

- Proporcionar el apoyo administrativo a las áreas que integran el Instituto para la consecución de los objetivos y programas establecidos;
- Administrar y ejercer los recursos financieros asignados al Instituto, y aplicar directamente los autogenerados de acuerdo con las disposiciones en la materia, atendiendo a los requerimientos de operación del mismo y a los lineamientos que dicten las unidades administrativas competentes de la Secretaría;
- Proponer al Consejo Directivo e instrumentar y aplicar, en su caso, políticas, lineamientos y normatividad en materia de reclutamiento, selección, inducción, nombramientos, contrataciones, prestaciones, remuneraciones, servicios, desarrollo y movimientos del personal del Instituto;
- Elaborar, diseñar, instrumentar, administrar y evaluar el programa integral de capacitación y desarrollo de los servidores públicos del Instituto, apoyándose para ello en el centro de capacitación migratoria;
- Administrar los recursos materiales y proporcionar los servicios generales que se requieran para la realización de los programas y proyectos encomendados al Instituto, llevando a cabo para tal efecto las adquisiciones y contrataciones correspondientes;
- Llevar a cabo la planeación, diseño y realización de las obras, así como la conservación y mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles al servicio del Instituto, de acuerdo con las disposiciones normativas aplicables a estas materias.

Finalmente, las delegaciones regionales ejercerán las atribuciones que expresamente se les delegue, cabe señalar que esto se hace a través de

acuerdos o decretos, publicados en el Diario Oficial de la Federación y que hoy en día delegan casi en su totalidad las facultades a toda la gama de funcionarios dentro del Instituto y de las cuales no enunciaremos debido a la extensión del mismo y en aras de la limitación del presente trabajo, empero destacaremos el publicado el 15 de diciembre de 1999, del cuál abundaremos más adelante en lo respectivo a la querrela.

2.1. Antecedentes.

En lo que corresponde a éste punto debe decirse que a través de la historia las penas han ido evolucionando de la misma manera que la forma de pensar del ser humano tan es así que la mayoría de los tratadistas han coincidido en clasificarla en varias etapas o sistemas de penas, de carácter privado o público, la primera en una etapa primitiva o acusación privada en la cuál observamos una retribución al mal causado, es decir, trata únicamente en causar un mal de la misma magnitud de parte del ofendido al causante del daño, motivo por el cuál se caracteriza por la llamada “Ley del Tali3n” (tal pena cual delito), esta no sólo era ojo por ojo, diente por diente, sino que incluía todo aquello que causaba el daño como lo podría ser cualquier parte del cuerpo humano o en dado caso hasta bienes, empero de lo dicho, ésta manera de aplicación de las penas que en principio se creía era justa condujo a ciertos problemas como lo eran los delitos en los cuáles no era posible aplicar la regla anterior como los que atentaban contra la honra, honestidad, lascivia..., así como las dificultades que ocurrían en el caso de los tuertos con personas que tenían ambos ojos o ninguno. *“Es necesario señalar que ésta Ley no es una pena y menos su ejecución sino una similitud de la venganza a fin de que el causante de un daño reciba en la misma proporción lo que realizó”*.¹

“En Grecia en el siglo XII a. de C., Drag3n optó por imponer una pena única; la de muerte para todo los delitos, sin importar la gravedad de los mismos, motivo por el cuál en la actualidad a una ley excesiva se le considera como draconiana”.² En ese orden de ideas en Roma la ley del Tali3n tenía un sentido más jurídico al decir que si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con él, hágase con él otro tanto (*si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto*), lo cuál estaba subordinado a la composición de las partes, misma que consistía en una indemnización como pena pecuniaria, del ofensor a la víctima, *“quién al renunciar a su venganza, estaba obligada a aceptar la indemnización,*

¹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. “Derecho Procesal Penal”, segunda edición, editorial Oxford, México 2004. Pág. 53.

² Ibidem. Pág. 54.

*al inicio fue voluntario empero después el poder social lo estableció con carácter obligatorio con una tarifa legal”.*³

Finalmente, en lo que concierne a ésta etapa no debe soslayarle el hecho que la facultad punitiva estaba a cargo de particulares, es decir, no existía ningún tipo de normatividad que regulara dicha retribución al sujeto causante del mal lo que ocasionaba en la mayoría de los casos se terminara la misma en matanzas entre familias, pues en muchas de las ocasiones los ofendidos vendían la retribución a un tercero que tenía interés en llevarla a cabo a cambio de una contraprestación que generalmente era pecuniaria.

*“La segunda etapa, se caracteriza por la intervención de la facultad punitiva a un ente religioso como lo eran los dioses o divinidades a través de sacerdotes, brujos o hechiceros”,*⁴en quienes un grupo de personas le depositaban dicha facultad para concretizar la reacción social sobre el sujeto activo en nombre del ente divino mismo que toda la colectividad aprobaba como legítimo, empero de lo anterior todavía existe una venganza privada.

La tercera etapa esta caracterizada por la injerencia del Estado en la aplicación de las penas más graves pues éstas ya son de carácter público lo cuál es el punto toral de ésta etapa debido a que la acción punitiva la tiene el Estado con lo cual colma de seguridad jurídica al indicar los procedimientos para la aplicación de las penas y que como bien lo dice Jiménez de Azúa *“el Derecho público para castigar es el poder penal público jurídicamente tutelado”.*⁵

2.1.1. Teorías de la Pena .

³ Idem.

⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *“Penología”*, tercera edición, Porrúa, México, 2003.pág. 55.

⁵ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *“Tratado de Derecho Penal”*, Tomo I, tercera edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1985.Pág. 245.

Tan sólo veremos en éste punto lo referente a las principales corrientes que clasifican a las teorías de las penas en absolutas, relativas y mixtas. Las primeras sostienen que la pena es un fin en sí misma y en ella encuentra su justificación, de tal manera que no pueda considerarse un medio para fines ulteriores, siendo uno de los extremos de la posición en cuanto a la pena y es principalmente representada por Kant y Hegel, éste último concibe a la *“pena como la negación de la negación del derecho y sólo cumple un papel restaurador o retributivo y en tanto en el quantum o intensidad de la negociación del derecho, así será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena. Ningún otro factor influye sobre ella. Para Kant, la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ése es su único fundamento”*.⁶

“Para éstas teorías la pena es simplemente la consecuencia del delito, es la retribución, la expiación que debe sufrir el delincuente”,⁷ Bindign *“reitera que la pena es retribución de un mal con mal, y sólo se trata de confirmar el poder del derecho, sometiendo, aún por la fuerza al culpable y que el fin de la enmienda se relaciona sólo con el comportamiento futuro del sujeto, lo cual dejaría en la impunidad el deber anterior incumplido sin lograrse la reestructuración o confirmación del derecho”*,⁸ y para justificar los problemas en cuanto a la posible comparación con la Ley del Talión refiere que el mal hecho por el sujeto no es equiparable al contenido de la acción del Estado que en sí sólo sería ejercicio del derecho.

Finalmente, en lo concerniente a éste punto para algunos tratadistas no sólo se tiene el carácter retributivo sino además los siguientes:

- Restablecer el equilibrio social que se ver perturbado por la acción criminal, así como restablecer el orden jurídico roto.
- Sancionar la falta de moral.

⁶ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *“Derecho Penitenciario”*. Primera edición. Mcgraw Hill, México, 1999. Pág. 43

⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit. Pág. 70

⁸ Citado por MENDOZA BREMANUNTZ, Emma. Op. Cit. Pág. 43.

- Satisfacer la opinión pública escandalizada cuando se ha cometido un delito para lo cuál se da seguridad a las personas que se sienten protegidas por el Estado.
- La desaprobación pública del hecho delictuoso, pues la pena es una forma de repudio al crimen.⁹

En oposición a las anteriores teorías se encuentran las relativas, las cuales como referimos inicialmente de éste capítulo representan el otro extremo de la doctrina en comparación con las teorías absolutistas y por tanto su objetivo era encontrar fines ulteriores a la pena partiendo del planteamiento de la finalidad de la pena, dentro de éstas teorías encontramos las de la prevención general cuyo pensamiento total lo es una advertencia a todas aquéllas personas que quisieren cometer una conducta delictiva pues en caso de realizarla recibirían un castigo ejemplar, lo cuál nos indica que va dirigido a todos y cada una de las personas integrantes de la sociedad, apoyándose en la antigua teoría de la intimidación basada en la brutalidad de las penas y de la coacción psicológica propuesta por Feuerbach, que considera a la pena *“como un amenaza lo suficientemente grave para configurar una coacción psicológica sobre los posibles delincuentes para evitar que se atrevan a delinquir”*.¹⁰ En ese orden de ideas, Mir Puig¹¹ concibe que *“el poder penal sólo puede ser concebido dentro de la exigencia de una “política social”, es decir, que “la pena ha de cumplir una misión (política) de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactoria, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos”, planteando como la propia del derecho penal, la función de prevención”*.¹² No debe perderse de vista que a través de la historia se han dado regímenes cuya aplicación de la prevención general han terminado en verdaderas olas de terror en aras de la misma y la aplicación de un castigo ejemplar que sirva para abstenerse al resto de la comunidad, motivo por el cuál una de las características peculiares de ésta teoría es el carácter intimidatorio pues debe de amedrentarse al delincuente para que se inhiba de cometer cualquier ilícito, lo cuál suponía que las penas más crueles son las que más

⁹ Citado por RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit. Pág. 73.

¹⁰ MENDOZA BREMANUNTZ, Emma. Op. Cit. Pág. 45.

¹¹ Citado por MENDOZA BREMANUNTZ, Emma. Op. Cit. Pág. 45.

¹² Idem.

intimidan. En ese orden de ideas otra característica de éstas teorías lo constituye que debe ser ejemplar para que imponga una línea a toda la comunidad debido a lo anterior es que no se debía castigar de manera clandestina pues le quitaba la publicidad y por consiguiente el aviso a la sociedad.

Finalmente, no se debe pasar por alto que un fundamento toral de ésta teoría lo constituye la similitud con la norma jurídica en cuanto a su carácter abstracto, es decir, va dirigido a la comunidad característica del proceso legislativo.

Ahora bien, la otra vertiente importante en cuanto a las teorías relativas lo constituyen aquéllas cuyo fin de la pena lo es la prevención especial, esta corriente se caracteriza por considerar que la pena debe tener un carácter socializador sobre el delincuente para evitar la reincidencia, es decir, que el fin de la pena debe atender a evitar que las personas que han cometido un ilícito reincidan, partiendo del presupuesto de que toda vez que la prevención general ha fallado y se ha cometido un delito, se debe aplicar una sanción a un individuo en concreto y no a una simple amenaza, atiende hacia el futuro, es decir, no le importa tomar en consideración los motivos que originaron la conducta delictiva sino enfocarse al futuro para evitar un nuevo hecho delictuoso.

De tal manera, que difiere de la anterior prevención en cuanto a que ésta es individual y concreta, es decir, se aplica específicamente para un caso determinado, pudiendo darse ciertas variantes atendiendo al caso en concreto en aras de una “readaptación social” la cuál Rodríguez Manzanera¹³ refiere que el prefijo “re” indica que alguna vez estuvo adaptado a la sociedad, y en virtud de cometer una conducta ilícita se ha convertido en un ser antisocial situación que se torna relativa en virtud de que existen delitos que no implican una conducta antisocial sino meramente una negligencia, impericia o una falta al deber de cuidado, como lo son los delitos culposos.

¹³ Rodríguez Manzanera. Op. Cit. Pág. 84.

Finalmente, encontramos las llamadas teorías mixtas de las cuales no son más que híbridos de las anteriores corrientes que citamos con antelación debido a que parten del supuesto de que la pena no tiene un solo fin en sí misma sino varios y un ejemplo de ella lo constituye el lema seguido por la jurisprudencia alemana el cuál era “*prevención general mediante la retribución justa,*”¹⁴ ahora bien, estas combinaciones han ido mutando dependiendo el tiempo y el lugar en donde se ha ido implementando, dando diversas características a través de la historia.

2.2. Pena y Medida de Seguridad Diferencias.

Para Rodríguez Manzanera,¹⁵ al hablar de pena es necesario mencionar la *punibilidad* y *punición*, siendo la primera el resultado de la actividad legislativa, independientemente de quién o quiénes estén encargados de legislar en cada Estado, país o región, asimismo, es una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal, la cuál tiene como finalidad invariablemente la prevención general, ahora bien, por lo que respecta a la segunda refiere el mismo autor que es la fijación de la concreta privación o restricción de bienes al autor del delito, es decir, la concreción de la punibilidad al caso individual y da al infractor la calidad de merecedor de la sanción correspondiente, en función de haber realizado la conducta típica, misma que corresponde a la actividad judicial. En ese orden de ideas para el citado autor la pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito. Con lo cuál la actividad del estado se efectúa en legislativo, judicial y ejecutivo respectivamente en lo que refiere a punibilidad, punición y pena, caracterizándose la primera por la función legislativa es decir abstracta e impersonal, la segunda a un caso en concreto y personal al arbitrio de un juez quién decidirá la privación o restricción de bienes, y en el caso de que así se determine le correspondería al tercero la ejecución de la citada restricción o privación.

¹⁴ Citado por MENDOZA BREMANUNTZ, Emma. Op. Cit. Pág.46.

¹⁵ Rodríguez Manzanera. Op. Cit. Pág. 87.

Para Ignacio Villalobos *“es un castigo impuesto por el poder público al delincuente con base en la ley para mantener el orden jurídico”*.¹⁶

En la opinión de Carrara la pena *“es un mal que se inflige al delincuente, es un castigo que atiende a la moralidad del acto al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas, su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia, para que sea consecuente con su fin la pena debe ser eficaz, aflictiva, ejemplar cierta, pronta, pública y de manera que no pervierta al reo, y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable”*.¹⁷

En ese orden de ideas Juan Manuel Ramírez Delgado opina que la pena es *“el castigo proporcional que merece el responsable de todo hecho delictuoso y que debe imponerse conforme a la Ley por una autoridad judicial”*.¹⁸

Ahora bien, la interpretación de la ley a través de nuestro máximo tribunal ha dilucidado el tema en la siguiente tesis aislada:

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Enero de 2006

Página: 711

Tesis: 1a. CLXIII/2005

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Rubro: AGENTE ADUANAL. LA CANCELACIÓN DE SU PATENTE NO CONSTITUYE UNA PENA EN SENTIDO ESTRICTO, POR LO QUE NO PUEDE CALIFICARSE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Texto: *“La pena en sentido estricto es la sanción penal, la cual, además de pertenecer al género de las consecuencias jurídicas,*

¹⁶ Citado por BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos. Op. Cit pág. 508.

¹⁷ Idem.

¹⁸ RAMÍREZ DELGADO Juan Manuel. *“Penología”*. Segunda edición. Porrúa México 1997. pág. 36.

tiene notas características que la distinguen e identifican: se trata de la privación coactiva de un bien, determinada por una autoridad facultada válidamente para ello, que sufre una persona como consecuencia de una conducta calificada como delictiva en un proceso judicial; de ahí que no deba confundirse a la consecuencia jurídica con la pena, como si se tratara de la misma cuestión, es decir, toda pena es una consecuencia jurídica, pero no toda consecuencia jurídica es una pena. A partir de lo anterior, puede afirmarse que la cancelación de la patente de agente aduanal establecida en el artículo 165 de la Ley Aduanera no es una pena en sentido estricto, porque no es la consecuencia de una conducta propiamente delictiva, sino que se trata de la suspensión del ejercicio de un derecho específicamente otorgado por el Estado. En efecto, dicha cancelación constituye la consecuencia jurídica asociada al supuesto establecido en la fracción III del señalado artículo 165, que se refiere al hecho de que un agente aduanal señale, en el pedimento correspondiente, el nombre, domicilio fiscal o la clave del registro federal de contribuyentes de alguna persona que no hubiere solicitado la operación al agente aduanal, o cuando esos datos resulten falsos o inexistentes. En tal virtud, es evidente que las prohibiciones previstas en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pueden predicarse de cualquier consecuencia jurídica, sino solamente de las penas en sentido estricto; de manera que si la cancelación de patente contenida en el artículo 165, fracción III, de la Ley Aduanera no es una pena (sanción penal), resulta ilógico considerar que la misma pueda calificarse a la luz del citado precepto constitucional, dirigido a la prohibición de sanciones penales inusitadas y trascendentales.”

Precedentes: Amparo en revisión 1370/2005. Filiberto Vargas Mancilla. 26 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

Ahora bien, empezaremos a hablar de las medidas de seguridad las cuales para Manzini son “*providencias de policía, jurisdiccionalmente garantizadas, con las cuales el Estado persigue un fin de tutela preventiva de carácter social, sometiendo a determinadas personas, imputables o inimputables, punibles o no punibles, a la privación o a la restricción de su libertad, o a la prestación de una garantía patrimonial o a la confiscación, a causa de la peligrosidad social de las mismas personas o de las cosas que tienen relación con sus actividades, peligrosidad revelada con la comisión de uno o más hechos que la ley contempla como infracciones penales (Reati), o que de las infracciones penales tienen algún elemento, y en previsión de la probabilidad de ulteriores manifestaciones de su actividad socialmente*

nociva".¹⁹ Para García Iturbe, las medidas de seguridad "son medios tendientes a prevenir la delincuencia mediante el combate de la peligrosidad social encontrada en sujetos que han llevado a cabo ciertos actos de carácter antisocial (delito), y con la finalidad de obtener la adaptación de los sujetos de la vida libre".²⁰ En ese orden de ideas para Sebastián Soler son "ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según que tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicar".²¹ Teja Zabre por su parte la define como "medidas de tutela, si bien posterior al delito, no constituyen una reacción del mismo. Se aplican después de cometido el delito, pero no porque se cometió, sino para que no se realicen otros: previenen, no al delito primario, sino a la reincidencia; tienen como fin, no la reparación, sino la defensa; no se pretende eliminar los efectos de los delitos, sino las causas; no son proporcionadas a los daños y al peligro derivados como efectos del delito, sino adecuadas y proporcionadas a las causas de posibles actos delictivos futuros; son medidas de utilidad, de oportunidad o de conveniencia social; no presuponen ningún juicio de aprobación o de reprobación moral hacia el acto realizado; no son sanciones jurídicas; son consecuencias jurídicas de estados de la persona humana. En resumen, puede decirse que las medidas de seguridad pertenecen a un nuevo y complejo Derecho Criminal a la vez preventivo y represivo, conjuntamente penal y no penal, civil y administrativo. El concepto original de la medida de seguridad corresponde a la teoría similar de la peligrosidad o estado peligroso".²²

Las medidas de seguridad para Reynoso Dávila consisten "en especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes y encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y de curación) o su segregación de la misma (medidas de seguridad en sentido estricto). A la primera clase pertenecen: a) el tratamiento educativo de los menores delincuentes; b) el internamiento de los delincuentes alienados y anormales mentales; c) el internamiento curativo de los

¹⁹ Citado por RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit. Pág. 115.

²⁰ Ibidem. Pág. 116.

²¹ Citado por REYNOSO DÁVILA, Roberto. "Teoría General de las Sanciones Penales". Primera Edición. Porrúa México. 1996. pág. 48

²² Idem.

*delincuentes alcohólicos y toxicómanos; d) El de los mendigos y vagabundos habituales y de los aparentemente incorregibles. A estas medidas de seguridad les añade otras a su consideración de menor importancia, como la expulsión de delincuentes extranjeros, la prohibición de ejercer ciertas profesiones de visitar ciertos locales...*²³

En ese orden de ideas, en opinión de Cuello Calón la medida de seguridad *“recae sobre la peligrosidad post-delictual, a diferencia de las medidas preventivas que obran sobre la peligrosidad social o “ante delicto”, por tanto no pueden ser impuestas sino por razón de delito, en sentencia judicial”*.²⁴

Ahora bien, para Ferri la peligrosidad del delincuente *“es el criterio fundamental para la determinación de la pena, pero tal peligrosidad no se exterioriza solo mediante la personalidad del delincuente, sino también por la importancia del derecho violado y los motivos del delito”*.²⁵

De lo anteriormente expuesto podemos decir que la peligrosidad tiene como premisas la personalidad del delincuente y las circunstancias del hecho, es decir, el modo en que la conducta fue desplegada, el bien jurídico tutelado, la calidad del delincuente..., circunstancias de las cuales abundaremos más adelante.

Eusebio Gómez manifiesta que las *“medidas de seguridad se clasifican en diversas categorías, según el objeto que con ellas se quiere alcanzar. Existe así, una clase de medidas curativas, otra de medidas educativas y tutelares y una tercera de medidas eliminatorias”*.²⁶

En concordancia con lo anteriormente expuesto vamos a tocar someramente las dos principales corrientes respecto de las penas y medidas de seguridad las cuales lo constituyen las unitarias o monistas y las dualistas o diferenciadoras, las primeras también llamadas de la teoría de la unificación defendida por la escuela positiva, quienes afirman que entre las penas y las

²³Reynoso Dávila. Op. Cit. Pág. 50.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Ibidem. Pág. 55.

medidas de seguridad no existe diferencia alguna, por lo cuál se engloban en una sola sanción que prácticamente se traduce en privación o restricción de la libertad,²⁷ con una misma finalidad, por lo que toda diferencia de carácter filosófico o jurídico es considerada artificiosa, pues las personas sin importar su estado mental o físico se encuentran sujetos a un solo imperio de la ley penal y sometidos por lo consiguiente a una sola sanción que si bien varía en aplicación es única en su concepto y fin que no es otro sino la defensa de la sociedad.

La corriente dualista representada principalmente por Liszt y Rocco, quiénes consideran a las penas y medidas de seguridad como dos posiciones distintas, y si bien no conciben a las mismas como dos extremos opuestos si observan una clara diferencia entre ellas, entre las que destacamos que la pena es retributiva, la medida de seguridad preventiva, ésta última se encuentra reservada a los inimputables y la primera a los imputables, la pena es la más importante consecuencia jurídica del delito y se impone en proporción a su gravedad, y la medida de seguridad en función al estado o condición del individuo. Como consecuencia de ello, son indeterminadas en su duración, a diferencia de las penas las cuales son determinadas.

Finalmente, por lo que respecta a este punto en específico Rodríguez Manzanera²⁸ manifiesta un tercer criterio que es el ecléctico representado por Puig, Viera y Peña quiénes observan que en teoría es posible diferenciar entre una pena y una medida de seguridad, empero fácticamente se hace una sola cosa o muy similar.

Ahora bien, empezaremos a diferenciar entre las principales características de las penas y medidas de seguridad, para Reynoso Dávila²⁹ son las siguientes:

- a) La pena se modula de acuerdo con la acción realizada; respuesta a una idea realista del delito; mientras que la medida de seguridad

²⁷ Aunque existe una parte de la corriente que concibe una limitación o suspensión de derechos y que buscan la prevención del delito y la readaptación del delincuente, siendo posible sustituir una por otra. Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit. Pág. 117.

²⁸ Rodríguez Manzanera. Op. Cit. Pág. 118.

²⁹ Reynoso Dávila. Op. Cit. Pág. 58.

obedece a una contemplación sintomática del delito, fundamentándose su aplicación en razón a la personalidad del delincuente.

- b) Las penas se dan contra los delitos, derivan del valor justicia, tienen como fin la tutela jurídica y el reproche social, exigen para su aplicación un previo delito, tienen como presupuesto un elemento exterior del hombre: la acción; las medidas de seguridad pueden ser predelictivas o post-delictivas, responden a un concepto de utilidad, obedecen a un fin primordial de prevención especial, exigen como presupuesto un estado peligroso que se basa en una situación interna del sujeto cuya manifestación tiene valor de índice del mismo.
- c) Las penas se miden por la responsabilidad, en función con el delito, en tanto las medidas de seguridad se miden por la peligrosidad mostrada por el sujeto. Valoración ético-jurídica, la primera; cálculo de probabilidad la segunda.
- d) La pena contiene una noción retributiva, que no es posible admitir en la medidas de seguridad. Si bien es cierto que hoy no puede afirmarse que la pena sea solo retribución, la exigencia de imputabilidad en quienes deben sufrirla, de modo que pueda apreciar su acción y sentir la coacción de la amenaza penal, tampoco permite desconocer por completo esa naturaleza a la pena.
- e) Las penas son determinadas en su extensión por el tiempo o la cuantía, según sean de libertad o pecuniarias, en tanto las medidas de seguridad son indeterminadas.
- f) La pena se determina legalmente, conforme a cálculos diversos, dejando en mano de los tribunales de justicia su concreción, dentro de determinados límites; en tanto que en la medida se indican límites amplios. Es, en una palabra, indeterminada, dependiendo su duración de que cese o no su estado personal.
- g) La medida de seguridad suponen tratamientos diversos; la pena es una sola.
- h) En el concurso de delitos, las penas se acumulan o se absorbe la menor a la mayor y, en las medidas de seguridad, cuando procede la concurrencia de varias, se impone el criterio de la selección.

- i) Las penas se imponen en sentencia condenatoria y las medidas de seguridad pueden imponerse también en sentencia absolutoria.
- j) La amnistía borra la pena, pero no actúa sobre las medidas de seguridad agregadas a la pena o no agregadas, las que subsisten.
- k) Las penas las imponen los jueces; las medidas de seguridad la mayor parte de la veces, las autoridades gubernativas.

Para Carlos Stoos³⁰ opina que entre las penas y medidas de seguridad existen las siguientes diferencias:

- a) La pena se establece e impone al culpable en virtud de su delito; las medidas de seguridad se imponen por el carácter dañoso o peligroso del agente o de una cosa, cuyo carácter está en relación con un acto punible.
- b) La pena es un medio de producir un sufrimiento penal al culpable; la medida de seguridad es un medio asegurativo que va acompañado de una privación de libertad o de una intromisión en los derechos de una persona pero cuyo fin no es producir un sufrimiento al culpable.
- c) La ley determina la pena según la importancia del bien lesionado, la gravedad de la lesión y la culpabilidad del autor, y aunque la ley determina la pena de un modo relativo el juez lo hace luego en la sentencia según los mismos principios; la ley determina la clase de medidas de seguridad, según el fin asegurador, y su duración se establece solamente en términos generales, puesto que consistiendo estas medidas en una actuación correlativa sobre la persona, su duración depende del resultado obtenido, y en cuanto se corrige el agente, la privación de libertad cesa.
- d) La pena es la reacción política contra el daño o riesgo de un bien protegido por el Derecho Penal, causado por el culpable; las medidas de seguridad deben proteger a la sociedad antes del daño y del riesgo que amenaza causar una persona que ha cometido un acto punible o una cosa relacionada con un delito.

³⁰ Citado por Reynoso Dávila. Op. Cit. Pág. 59.

Rodríguez Manzanera³¹ nos refiere las siguientes diferencias:

- a) En la medida de seguridad no hay reproche moral, la pena, por el contrario, lleva en sí un juicio de reproche, descalifica pública y solemnemente el hecho delictuoso.
- b) La diversidad de fines perseguidos determinan la diferente naturaleza, la pena tiene como fin la restauración del orden jurídico, las medidas de seguridad tienden a la protección de la sociedad.
- c) La medida de seguridad por lo general atiende exclusivamente a la peligrosidad del sujeto, y es proporcional a ella, mientras que la pena ve al delito cometido y al daño causado, sancionando de acuerdo a ello.
- d) La medida de seguridad no persigue la intimidación, la pena si, principalmente en inimputables es comprensible este punto; de hecho la medida de seguridad no es una amenaza.
- e) La medida de seguridad no constituye retribución, su función se dirige hacia la prevención especial.
- f) La medida de seguridad no persigue una prevención general, ni puede concebirse como inhibidor a la tendencia criminal, como expusimos en el punto anterior, va dirigida a la prevención especial, al tratamiento del delincuente individual.
- g) La medida de seguridad no busca restablecer el orden jurídico roto, su finalidad es proteger la tranquilidad y el orden público.
- h) La medida de seguridad es generalmente indeterminada en su duración, y debe permanecer en cuanto persista la peligrosidad.
- i) Varias medidas de seguridad pueden ser aplicadas por autoridad diversa a la judicial, la pena debe conservar el principio de juridicidad.
- j) Contra la medida de seguridad por lo general no procede recurso en contrario.
- k) La medida de seguridad puede ser aplicada tanto a imputables como a inimputables; la imputabilidad podría considerarse como un

³¹ Rodríguez Manzanera .Op. Cit. Pág. 119.

presupuesto de punibilidad, por lo que sólo son punibles los imputables.

- l) La medida de seguridad podría aplicarse *antedelictum*, no es necesario esperar a que el sujeto peligroso delinca para aplicarla.

Para Carranca y Trujillo la pena *“es compensación y por ello represión y se halla destinada al fin de la compensación; las medidas de seguridad, por el contrario, son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad”*.³²

Por lo tanto podemos concluir en las siguientes diferencias:

- a) En las penas existe un reproche social o moral, situación que no acontece en las medidas de seguridad.
- b) Las medidas de seguridad tan solo persiguen como fin la prevención especial, siendo que las penas tienen diversos fines, entre ellas el carácter retributivo, del cuál carecen las primeras.
- c) Las penas se imponen en razón del bien lesionado, según la gravedad de la lesión y la culpabilidad del autor, mientras que las medidas de seguridad atienden únicamente a la peligrosidad del delincuente.
- d) Las penas son determinadas en cuanto a su temporalidad, mientras que las medidas de seguridad no lo son en virtud de que las mismas atienden a la peligrosidad del infractor y subsisten hasta en tanto desaparezca ésta.
- e) La amnistía elimina la pena pero no la medida de seguridad.
- f) Las penas son impuestas por autoridades jurisdiccionales mientras que las medidas de seguridad generalmente lo hacen autoridades gubernamentales.

En ese orden de ideas, no debe soslayarse que por lo que respecta a nuestro sistema jurídico la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha apartado de una característica substancial en las medidas de seguridad que lo

³² Ibidem. Pág. 70

es la no determinación en cuanto a su duración con la siguiente tesis jurisprudencial:

Registro No. 177915

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Julio de 2005

Página: 196

Tesis: 1a./J. 68/2005

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Rubro: MENORES INFRACTORES. LA RESOLUCIÓN QUE IMPONGA LA MEDIDA DE TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN DEBE FIJAR SU DURACIÓN DE FORMA DETERMINADA E INDIVIDUALIZADA.

Texto: *“Conforme a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cuando a los menores se les encuentre responsables de la comisión de conductas ilícitas que ameriten la aplicación de la medida de tratamiento en internación -la cual implica la privación de su libertad- aquélla deberá fijarse de manera individualizada. Así, para que la resolución que imponga el internamiento del menor en un centro de tratamiento respete la garantía de seguridad jurídica, deberá precisar su duración, ya que la circunstancia de que para su aplicación previamente deba tomarse en cuenta el dictamen elaborado por el Comité Técnico Interdisciplinario, con base en el diagnóstico biopsicosocial del menor, no justifica que el tiempo de internamiento quede señalado genérica e indeterminadamente entre un mínimo y un máximo, pues por tratarse de una privación de la libertad del infractor, tal medida debe individualizarse y determinarse con la mayor precisión posible, a partir de los elementos proporcionados en el dictamen del referido comité. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de los consejeros para liberar al menor de la medida impuesta, si con motivo de nuevas evaluaciones apareciere que éste ha sido readaptado a la sociedad, en términos del artículo 61 de la ley señalada.”*

Precedentes: Contradicción de tesis 35/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Noveno, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 1o. de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto. Tesis de jurisprudencia 68/2005. Aprobada por la Primera Sala de la S.C.J.N, en sesión de fecha primero de junio de dos mil cinco.

Lo anterior, a nuestro criterio es incorrecto en virtud de que en las medidas de seguridad (como lo es el internamiento en un centro de tratamiento en internación retomado de la misma manera en la ejecutoria de la propia tesis jurisprudencial) la finalidad de dichas medidas es evitar que se siga infringiendo la ley por parte del menor, con tratamiento de carácter terapéutico, educativo y orientador, buscando no la intimidación como fin, sino una prevención especial para evitar la comisión de posteriores delitos lo cual impide establecer a priori la medida temporal, es decir, el tiempo durante el cuál deberán ser aplicadas las medidas de tratamiento, empero de lo anterior el citado criterio igualmente sostiene que debido a que se trata de una medida de seguridad que implica un internamiento la misma debe respetar el principio de seguridad jurídica y por ende ser determinada atendiendo al mismo criterio que la individualización de las penas, lo cuál resulta incongruente con lo decidido en la tesis de jurisprudencia, 166/2005, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que derivó al resolver el cuatro de noviembre de dos mil cinco, la contradicción de tesis 120/2005-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Décimo en Materia Penal del Primer Circuito, que a la letra dice:

“CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INCULPADO, SALVO QUE SE TRATE DE DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). De los artículos 70 a 77 del Código Penal para el Distrito Federal, que regulan las reglas de aplicación de las penas, se desprenden dos reglas distintas, una general, aplicable a todos los delitos y otra específica, que resulta aplicable sólo a los delitos culposos, la primera de ellas se encuentra comprendida en los artículos 70 y 72, mientras que la segunda se integra con lo dispuesto en la regla general así como en el artículo 77, del ordenamiento legal en cuestión. Debe advertirse que en la regla general de referencia no se encuentra expresamente establecido que el juzgador al fijar el grado de culpabilidad del inculpado e individualizar las penas a imponer deba tomar en consideración sus antecedentes penales, lo cual no ocurre en la regla específica, aplicable sólo a los delitos culposos, ya que expresamente se establece que en la hipótesis apuntada deben

tomarse en consideración, entre otros aspectos, si el inculpado ha delinquirido en circunstancias semejantes. Ahora bien, como en nuestro sistema jurídico impera la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, debe concluirse que al fijar el grado de culpabilidad de un inculpado e individualizar las penas a imponérsele, conforme a la regla general en cuestión, no deben tomarse en cuenta sus antecedentes penales, pero cuando se trate de delito culposo, al cual le resulta aplicable la indicada regla específica, sí debe tomarse en consideración ese dato, por así disponerlo expresamente la ley; dicha conclusión se corrobora con los antecedentes legislativos de las normas en cuestión, puesto que antes de la expedición del actual Código Penal para el Distrito Federal, en esta capital era aplicable el Código Penal Federal, en cuyos artículos 50 y 52 se establecen las circunstancias que deben ser tomadas en consideración al individualizar las penas, legislación que antes del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, esencialmente atendía al grado de peligrosidad o temibilidad del inculpado, abandonándose esa corriente doctrinaria a partir de la fecha indicada, para adoptarse la figura del reproche de culpabilidad, según se señaló en la exposición de motivos del decreto de referencia, con la finalidad de que con base en la gravedad del hecho ilícito y en el grado de culpabilidad del agente, se cuantificara justamente la pena a imponer, exponiéndose expresamente que se abandonaba en esos aspectos el criterio de temibilidad o peligrosidad porque si bien era un principio orientador de las medidas cautelares, no debía serlo para la pena, ya que sólo se debía castigar al delincuente por el hecho cometido y no por lo que era o por lo que fuera a hacer”.

Con lo anterior, es notoriamente visible la contradicción que existe entre las tesis jurisprudenciales citadas pues aún y cuando la última acertadamente menciona que a partir de la reforma de mil novecientos noventa y cuatro en el Código Penal Federal, en los artículos 50 y 52, al individualizar las penas se debe tomar únicamente el juicio de reproche que se da en la culpabilidad del delincuente y la gravedad del hecho ilícito, y no así su peligrosidad, (pues esta última es característica de las medidas cautelares y no de la pena pues se castiga la delincuente por el hecho cometido y no por lo que fuera hacer), la primera tesis jurisprudencial³³ sustenta que las medidas de tratamiento en internación son medidas de seguridad y deben de individualizarse de

³³ Bajo el rubro “MENORES INFRACTORES. LA RESOLUCIÓN QUE IMPONGA LA MEDIDA DE TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN DEBE FIJAR SU DURACIÓN DE FORMA DETERMINADA E INDIVIDUALIZADA.” Puede verse la ejecutoria en www.scjn.gob.mx.

conformidad con las reglas de las penas como lo describe la ejecutoria de la tesis la cuál cita textualmente:

“Como ya quedó señalado, la medida de seguridad consistente en el internamiento del menor en el centro de tratamiento, aun cuando en estricto sentido no se trata de una pena, su imposición no puede quedar excluida de las reglas que rigen en materia de individualización de las penas, tomando en cuenta que tal medida finalmente constituye una privación de la libertad del menor infractor...”

Por lo cuál, se aprecia que éste criterio a nuestro parecer es erróneo pues si bien es cierto hace diferencia entre penas y medidas de seguridad atendiendo a sus fines, concluye que deben individualizarse de igual manera, circunstancia que deviene equivocadamente en su apreciación pues como lo cita la tesis bajo el rubro *“CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES -PENALES DEL INCULPADO, SALVO QUE SE TRATE DE DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)”* debido a que las penas y medidas de seguridad no deben de valorarse en la misma manera debido a que las primeras atienden al juicio de reproche dependiendo la culpabilidad del delincuente y la gravedad del hecho ilícito, y las segundas atienden a su peligrosidad.

En efecto tal y como se menciona, a partir de la tesis 68/2005³⁴ se han modificado el criterio en lo referente a los Consejos de Menores, pues anteriormente a éste criterio jurisprudencial, se atendía a un mínimo y máximo de temporalidad en la cuál los menores infractores no podían salir antes de ese mínimo o después de ése máximo, lo que implicaba un efectivo tratamiento por parte del Comité Técnico Interdisciplinario basado en el diagnóstico biopsicosocial de los dictámenes técnicos en aras de un procedimiento con fines terapéuticos, educativos y orientadores, y que a nuestro muy particular punto de vista no viola de manera alguna la seguridad jurídica pues se atiende fundada y motivadamente a una temporalidad basada en la prevención

³⁴ Bajo el rubro: *“MENORES INFRACTORES. LA RESOLUCIÓN QUE IMPONGA LA MEDIDA DE TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN DEBE FIJAR SU DURACIÓN DE FORMA DETERMINADA E INDIVIDUALIZADA.”* Puede verse la ejecutoria en www.scjn.gob.mx.

especial del menor, pues su tratamiento es de distinta naturaleza al de una pena y su tratamiento subsisten atendiendo a la peligrosidad del menor, es decir, a futuro.

2.3. Objetos y Fines de las Penas.

Como se ha visto los objetos y fines de las penas no pueden ser vistas bajo una sola óptica en cuanto un determinado fin, sino al contrario encuadra en sí misma ulteriores fines, para Mezger le asigna tres fines “a) *la pena debe actuar social-pedagógicamente sobre la colectividad (la denominada prevención general); b) debe proteger a la colectividad ante el sujeto que ha sido castigado y corregir a éste (la denominada prevención especial); y c) debe garantizar de manera justa los intereses del individuo (la denominada consideración o respeto a la personalidad)*”.³⁵

Luis M. García sostiene que la pena “*es jurídicamente un mal, y no puede dejar de serlo, porque no se puede ofrecer un premio al delincuente.- Aún quienes legitiman la pena sobre la base de un propósito de prevención especial o general, no pueden negar que la pena que se le devuelve al delincuente, aunque mediante la imposición del mal, persigan algún bien.- La pena entraña una desaprobación del hecho y del autor, en ella se expresa un juicio de desvalor ético-social*”.³⁶

Enrique Pessina señala que los fines asignados a la pena “*por las escuelas son muy diversos, pues para ciertas doctrinas su finalidad es la reintegración del orden jurídico perturbado por el delito, otras ven en ella únicamente una reacción social defensiva, concluyendo que la función penal*

³⁵ Citado por Reynoso Dávila, Roberto. Op. Cit. Pág. 8.

³⁶ Idem.

está justificada por la necesidad de mantener el orden jurídico y de repararlo cuando haya sido perturbado. Tal es el fundamento y fin de la pena".³⁷

Para Guillermo Sauer, la tarea de la pena es moderno *"por medio de la irrogación de un daño, frente a la elevación más rigurosa de los deberes unida al menoscabo de los bienes jurídicos, reparar el injusto grave y expiar la culpabilidad y además también, en cuanto sea posible, asegurar a la comunidad estatal contra el injusto y actuar (intimidar) mejorando (educativamente) al autor y a los otros miembros de la comunidad jurídica"*.³⁸

Ignacio Villalobos considera que la pena tiene como fines últimos la justicia y la defensa social; pero como mecanismos para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser intimidatorio, ejemplar, correctiva, eliminatoria y justa.

Y atendiendo a los mismos fines el mismo autor señala las características de las mismas las cuales son; *"a) intimidatoria: debido a que la pena debe causar temor en el delincuente al cometer un nuevo delito y para el que no lo ha cometido, el temor de un castigo si es que lo llega a cometer. b) ejemplar: para el efecto de que todo sujeto que haya cometido un delito y se le aplique una pena, tenga conciencia de que su conducta nociva siempre va a ser castigada y si reincide se le volverá a aplicar una mayor que la anterior. Para el que no ha delinquido, está advertido que la imposición de las penas es efectiva y real, evitando así la comisión de delitos. c) correctiva: puesto que debe hacer reflexionar al delincuente que su conducta realizada le ha causado inestabilidad en su aspecto moral, económico, familiar, entre otros, además de que sí se afecta la libertad personal. Además, en el aspecto psicológico crearle la mentalidad de que al realizar conductas delictivas lo perjudican en todos sus aspectos. d) eliminatorias: porque las penas deberán encaminarse a desechar toda posibilidad de volver a cometer otro delito y eliminar la peligrosidad. e) justas: toda pena impuesta, por naturaleza, debe ser justa en cuanto a que sólo sea la pena necesaria para mantener el orden social y los demás fines,*

³⁷ Ibidem. Pág. 9.

³⁸ SAUER, Guillermo. *"Derecho Penal"*. Primera Edición. Editorial Bosch, Casa Editorial, Barcelona. 1956. pág. 362.

*independientemente de que si la pena es injusta, lo único que ocasionarán es el rencor por parte del delincuente hacia las autoridades y hacia la misma sociedad, lo cual crea una mentalidad de venganza por parte del sujeto”.*³⁹

Por su parte Rodríguez Manzanera,⁴⁰ opina que la finalidad es principalmente la prevención especial, es decir, va dirigida básicamente a impedir que el sujeto en cuestión reincida, y se justificaría como instrumento de repersonalización de individuo. Y en este caso va implícita una segunda finalidad de prevención general, ya que al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad, y se ejemplifica a los demás para que se abstengan de violar la norma.

De lo ya descrito podemos destacar los siguientes aspectos:

- **Carácter Retributivo;** en virtud de que si bien no concebimos sea el único fin es innegable que existe tal carácter pues como ya se mencionó no podría existir una pena sin el carácter sancionador y por ende la retribución con un mal al delincuente, debido a que la pena lleva inmerso un reproche social, descalifica pública y solemnemente el hecho delictuoso.
- **Prevención General;** caracterizado por el sentido intimidatorio no al delincuente sino al resto de la sociedad en general, siendo una de las características dar publicidad para que toda la comunidad conozca la aplicación de las penas.
- **Prevención Especial;** ésta característica es apreciada por las cualidades de ir dirigida al delincuente en particular, es decir, no es abstracta sino concreta pues individualiza la pena, así como el tratamiento a una persona en específico, pues una de sus peculiaridades es el carácter socializador sobre el delincuente para evitar la reincidencia, partiendo del supuesto de que toda vez que la prevención general ha fallado y se ha violado una norma jurídica a través del delito, se debe aplicar una sanción a una persona en concreto y no una simple amenaza, atiende hacia el futuro, no

³⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Op. Cit. Pág. 510.

⁴⁰ Rodríguez Manzanera Op. Cit. Pág. 95.

importando los motivos que originaron la conducta delictiva sino enfocarse al futuro para evitar un nuevo hecho delictuoso.

- También existe entre sus fines el restablecimiento del orden jurídico transgredido con la comisión de una conducta delictiva.

2.4. Naturaleza Jurídica de las Penas en la Ley General de Población.

La naturaleza jurídica de las penas contenidas en los delitos de la Ley General de Población formalmente es penal, debido a que la mayoría de los Juzgados de Distrito en caso de dictar sentencia condenatoria manifiestan tener como finalidad la prevención general y especial, en aras de la protección del bien jurídico tutelado, el cuál según los artículos 1, 2 y 3 de la citada Ley lo constituye la vigilancia y exacto control de entradas y salidas de personas extranjeras al país, así como el registro de su calidad migratoria y de su situación jurídica en general, empero dicha naturaleza penal en nuestra opinión no colma la prevención general y especial; por lo menos en éste delito por las consideraciones siguientes:

En primer lugar una vez delimitado el bien jurídicamente tutelado que lo es en específico regular el flujo migratorio de los extranjeros, a través de una exacta vigilancia y control del citado flujo, debe decirse que tal vigilancia es de índole meramente administrativa, en virtud de cómo se observó en el primer capítulo le corresponde a una autoridad de esa naturaleza (en este caso la Secretaría de Gobernación por conducto del Instituto Nacional de Migración) la observancia y cumplimiento de las disposiciones administrativas y tal regulación no debe incluir a la materia penal, o por lo menos no en este delito, pues en la mayoría de las ocasiones el inmigrante extranjero que entra ilegalmente al país tan sólo requiere el tránsito por el mismo, no así la estancia debido a que en la gran parte de éstos inmigrantes su deseo es (como el de la gran parte de los mexicanos) ir a los Estados Unidos de Norteamérica, en busca de mejores condiciones de vida, no soslayamos la posibilidad de que existan personas dañinas para la soberanía y seguridad nacional, empero, nuestra Constitución Política Federal contiene diversos medios de protección;

en específico el artículo 33, en el cuál el Titular del Ejecutivo Federal tendrá la facultad exclusiva de hacer expulsar sin necesidad de juicio previo a cualquier extranjero que considere un peligro para la seguridad nacional y soberanía (ésta resolución debe estar debidamente fundada y motivada véase capítulo I), asimismo, la propia Ley General de Población establece procedimientos mediante los cuáles puede regular dicho flujo migratorio, así como las calidades y sus diversas características de los extranjeros, y que tal bien jurídico no es de tal importancia para ser regulado por la materia penal, pues aún y cuando no se debe dejar de lado la premisa de que tratándose de delitos como el tráfico de personas, su protección por parte del Estado Mexicano es de suma importancia como un derecho fundamental de toda persona humana, también lo es que el simple tránsito de una persona, en aras de una mejor condición de vida que desee ingresar a un país diverso al nuestro debe tener una regulación de índole meramente administrativa.

Asimismo, la prevención general no llega a darse debido a que sin importar las penas a las cuales llegue a imponérsele a los extranjeros inmigrantes, ellos seguirán en busca de mejores condiciones de vida haciendo todo lo posible por llegar a nuestro vecino del norte, ahora bien, por lo que respecta a la prevención especial, tampoco puede darse pues en su mayoría las penas no llegan a concretizarse efectivamente debido a la expulsión que son sujetos antes de finalizar el proceso jurisdiccional, o peor aún, es compurgada en exceso debido a que al no ser posible individualizar la pena en un grado superior al mínimo, en virtud de que por ser extranjero no se cuenta con antecedentes personales por tanto la gravedad del hecho ilícito y culpabilidad del agente es ínfima, consecuentemente atendiendo al mínimo que es de tres días de los cuáles en la mayoría de los casos se les descuentan dos al estar detenidos ante el Agente del Ministerio Público de la Federación, es incongruente que se pretenda dar una prevención especial a los inmigrantes y evitar su reincidencia pues debe atenderse a un problema de origen social motivo por el cuál el derecho administrativo es el idóneo para regular dicho flujo migratorio e imponer las sanciones correspondientes.

2.4.1. Penalidad mínima atendiendo al Código Penal Federal.

Ahora bien, toda vez que el delito previsto en el artículo 123 de la Ley General de Población no señala un mínimo en cuanto a la pena privativa de libertad, motivo por el cuál se debe atender al mínimo que señala el artículo 25 del Código Penal Federal⁴¹ el cuál en su primer párrafo versa de la siguiente manera:

“Artículo 25. La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva...”

Este mínimo al que se atiende en el delito en cuestión, refleja la importancia del mismo, pues tan sólo señala como máximo hasta dos años, dicha penalidad de facto es ínfima pues como ya se expuso con antelación el bien jurídico tutelado es de menor importancia, motivo por el cuál debiese de tener una regulación meramente administrativa y no penal, pues en los Juzgados de Distrito de Procesos Penales Federales⁴² en su mayoría imponen la pena mínima de prisión que es de tres días, situación que hace difícil la impartición de justicia atendiendo a que como ya se mencionó con antelación, dos de éstos días son descontados en virtud de haber estado detenido ante el Agente del Ministerio Público de la Federación, quedando tan sólo queda un día de prisión por compurgar, lo que a nuestro parecer hace infructuoso el proceso jurisdiccional y peor aún pues en ocasiones la detención en prisión preventiva rebasa por semanas la pena a la cuál fue condenado, en tal virtud el Juez de la causa al resolver en sentencia de primera instancia o en su caso el

⁴¹ Código Penal Federal, Primera edición. Porrúa. México. 2007.

⁴² Los cuales en el Distrito Federal son los competentes para resolver los delitos contenidos en la Ley General de Población de conformidad con el artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, 6 y 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, 50, fracción I, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y, Acuerdos Generales 23/2001 y 82/2001, ambos del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, y para el resto de la república donde no existan Juzgados especializados lo serán los mixtos.

Magistrado Unitario en segunda dejan en inmediata y absoluta libertad por el excesivo cumplimiento en la prisión preventiva.

2.5. Incongruencia de las Penas en el artículo 123 de la Ley General de Población.

Para empezar con éste punto se debe hacer referencia a los delitos de la Ley General de Población los cuales se encuentran en el capítulo VIII, bajo el rubro de sanciones, y que materialmente empiezan en el artículo 118, pues de los artículos 113 a 117, constituyen meras faltas administrativas, ahora bien, en lo relativo a nuestro delito cuya penalidad es de hasta dos años de prisión, el cuál concomitantemente al diverso 121 en el que la conducta lo constituye el extranjero que realiza actividades ilícitas o deshonestas; o viola los supuestos a que está condicionada su estancia en el país, lo cuál a todas luces resulta violatorio de garantías individuales, pues por lo que respecta a la primera conducta segunda hipótesis, no se podría definir lo que se entiende por actividades deshonestas, de igual manera la gran parte de conductas ilícitas lo puede constituir una simple violación a un reglamento administrativo y cuya transgresión en éste caso traería consigo la constitución de un delito, y en lo tocante a la segunda conducta convierte tal infracción de una ley administrativa en un delito, lo cuál es a nuestra manera de ver es contradictorio con el sistema jurídico mexicano en virtud de no ofrecer ningún tipo de seguridad jurídica, en ese mismo orden de ideas los artículos 118 y 119 de la Ley General de Población dicen:

“Artículo 118.- Se impondrá pena hasta de diez años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos al extranjero que habiendo sido expulsado se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido acuerdo de readmisión. Igual sanción se aplicará al extranjero que no exprese u oculte su condición de expulsado para que se le autorice y obtenga nuevo permiso de internación.”

“Artículo 119.- Se impondrá pena hasta de seis años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, al extranjero que habiendo obtenido legalmente autorización para internarse al país, por incumplimiento o violación de las disposiciones administrativas o legales a que se condicionó su estancia, se encuentre ilegalmente en el mismo.”

En estos delitos cabe destacar que uno de los elementos del delito lo constituye la calidad migratoria de los extranjeros pues ya sea por haber sido expulsado del país, ocultar su condición migratoria o el simple incumplimiento a disposiciones administrativas traería consigo una penalidad máxima de diez años de prisión, lo cuál comparado con el delito estudio en el presente trabajo que es de hasta dos años, conlleva una gran incongruencia entre éstos delitos, pues varía entre dos, ocho y diez años, resultando una enorme desproporcionalidad pues si bien es cierto en el supuesto de que el legislador tomara en cuenta la reincidencia para el aumento de la pena, éstas reglas las debe prever el Código Federal de Procedimientos Penales, empero de lo anterior sigue existiendo una gran desmedida entre las conductas pues todas implican una regulación administrativa

Tiene sustento a lo anterior la siguiente tesis aislada la cuál dice así:

Registro No. 184607

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII, Marzo de 2003

Página: 1571

Tesis: XIX.5o. J/4

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Rubro: PENAS, APLICACIÓN DE LAS, EN FUNCIÓN DE LA GRAVEDAD DEL DELITO Y LA CULPABILIDAD DEL SUJETO ACTIVO. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Texto: *“Atendiendo a los bienes jurídicos salvaguardados, así como a las repercusiones en la vida social que emanan de su lesión o amenaza, las penalidades que el legislador tuvo a bien fijar para quien cometa cada ilícito, varían en proporción a la trascendencia de dichos bienes jurídicos protegidos, así como a la importancia y necesidad de que permanezcan incólumes, por lo que la gravedad de un delito se encuentra determinada por el legislador al fijar las penas a imponer, ya que precisó qué delitos deben ser considerados como graves "por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad" (artículo 194 del ordenamiento adjetivo penal federal); de manera que debe decirse que en todo delito, grave o no, el legislador estableció un parámetro que parte de una pena mínima a una máxima, lo que*

es acorde con el principio de adecuada individualización de la pena; congruente con ello, no es válido afirmar que por el solo hecho de cometer un delito grave se debe sancionar a una persona severamente (o al menos con una penalidad superior a la mínima), pues de ser así, no tendría objeto que el legislador hubiese fijado la posibilidad de sancionar con penalidad mínima; de ahí que si bien conforme a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, para la aplicación de las sanciones se deben tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución del delito, así como las peculiares del delincuente, es decir, que se debe analizar tanto la gravedad del ilícito como el "grado de culpabilidad" del agente, también lo es que ello no implica que deba ser sancionado bajo dos ópticas diferentes, una por el grado de culpabilidad del sentenciado y, la otra, por la gravedad del ilícito cometido, ya que para imponer una sanción justa y adecuada al delito consumado, el tribunal debe examinar ambas cuestiones, no como aspectos autónomos, sino complementarios, pues el juzgador, al momento de aplicar la sanción al reo, de acuerdo con el ordinal señalado (artículo 52), debe realizar un estudio integral de todas y cada una de las circunstancias que rodearon al evento delictivo, para lo cual se atenderá a la gravedad del ilícito, misma que se obtiene analizando la magnitud del daño causado al bien jurídico o el peligro al que hubiese sido expuesto; la naturaleza de las acciones u omisiones y los medios empleados para ejecutarlas; las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión de los hechos realizados; la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; la edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del activo, así como los motivos que le impulsaron a delinquir; la pertenencia, en su caso, a un grupo étnico indígena, sus usos y costumbres; el comportamiento posterior del acusado en relación con el delito cometido; las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, en cuanto sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma (artículo 52, fracciones I a la VII, del ordenamiento sustantivo penal federal); estos factores, esenciales para una adecuada individualización de la pena, son, además, determinantes para fijar el grado de culpabilidad del activo (verbigracia, la cantidad y especie de narcóticos poseídos es determinante para fincar el peligro a que se expuso la salud pública, que es el bien jurídico tutelado en los delitos contra la salud y, por ende, para fincar el grado de culpabilidad del poseedor); es obvio que para una idónea individualización de la pena es necesario adminicular todos estos factores; por tanto, para una correcta individualización de la pena, el juzgador debe analizar todas y cada una de las circunstancias que se han señalado líneas arriba, de las cuales obtendrá el grado de culpabilidad que presenta el reo, en el cual se incluyen

tanto las circunstancias peculiares del delincuente (grado de culpabilidad) como la gravedad del ilícito que se cometió.”

.1. Tipo Penal.

Para Colín Sánchez¹ tipo delictivo y cuerpo del delito son conceptos relacionados íntimamente uno del otro; el primero se refiere a la conducta, considerada antijurídica por el legislador; y el segundo, a la realización del delito; en consecuencia, para que exista el cuerpo de un delito determinado, deberá contarse con el tipo delictivo correspondiente. Por tanto, el tipo penal es creación del legislador; y el cuerpo del delito es la adecuación de una conducta o hecho a la descripción hecha por aquél, es decir, el encuadramiento de la conducta al tipo penal, tomando en consideración para ello la fórmula *nullum crimen sine tipo*.

Concluyendo el maestro refiere que el tipo representa algo estático, es creación del legislador; en cambio la tipicidad responde a lo típico, a la calidad que le da ese carácter; sólo cobra dinamismo, cuando existe una conducta susceptible de ser identificada con la descripción en la catalogación penal.

Ahora bien, hasta antes de la reforma constitucional de septiembre de mil novecientos noventa y tres, para el dictado del auto de plazo constitucional se exigían, entre otros requisitos, el acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, interpretando la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el cuerpo del delito se constituía por los elementos materiales o externos de la figura típica, es decir, sólo los elementos objetivos del tipo.

Sin embargo, a través de la citada reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales, se sustituyó el concepto "cuerpo del delito" por el de "tipo penal", es decir, se cambió de un concepto con una connotación reducida por otro de contenido distinto y más extenso que el sustituido, que en consecuencia resultaba más garantista para el inculpado.

En ese entendido, a partir de la aludida reforma de septiembre de mil novecientos noventa y tres, en el dictado del auto de plazo constitucional, el

¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Decimonovena edición. Porrúa, México 2004. Página 377.

estudio relativo no debía limitarse al análisis del cuerpo del delito (elementos objetivos), sino que debería referirse a todos los elementos del tipo (elementos objetivos, normativos y subjetivos).²

Sin embargo, por decreto de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve, publicado el ocho del mismo mes y año en el Diario Oficial de la Federación, y en vigor al día siguiente de la publicación, hubo otra reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales, en donde se sustituyó de nueva cuenta el concepto de "elementos del tipo" por el de "cuerpo del delito", para quedar en sus textos actuales como sigue:

"Artículo 16. ... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado. ..."

"Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. ..."

Ahora bien, en la legislación federal adjetiva³ se dispone:

"Artículo 168. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

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

² Cfr. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. "Cuerpo del Delito y Tipo Penal". Primera edición. Editorial Ángel Editor. México. 2000. pág. 13.

³ Código Federal de Procedimientos Penales. "Legislación Penal". Editorial Isef. 2007.

Ahora bien, la problemática se basa entre la discusión de si debe ser cuerpo del delito o tipo penal, pues aún y cuando la mayoría de los autores convergen en asegurar que cuerpo del delito consiste en algo material perceptible por los sentidos, lo cierto es que el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito y en los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial.

Es decir, los elementos objetivos son aquellos que pueden ser constatados con la sola aplicación de los sentidos (la vista, el oído, el gusto, el tacto y el olfato); de ahí que la conducta (entendida como una acción u omisión según nuestra legislación), la lesión del bien jurídico, los sujetos, el objeto material, los medios utilizados y las circunstancias de ejecución (lugar, tiempo, modo y ocasión), son elementos que se pueden constatar con los sentidos y acreditar fácilmente con los medios de prueba existentes en la ley.

En este sentido, los elementos normativos requieren de un determinado juicio de valor.

Los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su comprobación resulta complicada, de tal manera que sólo con la confesión apoyada en otras pruebas se pueden acreditar, o bien, cuando no exista ésta, con otras pruebas aplicando la prueba circunstancial o indiciaria.

De lo anterior, se puede válidamente concluir que el cuerpo del delito que señala la Constitución Federal en los artículos 16 y 19 antes aludidos, es un concepto procesal que deberá acreditarse para el libramiento de la orden de aprehensión u orden de comparecencia dictada por la autoridad judicial, previa denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado

cuando menos con pena privativa de libertad, y en un auto de formal prisión, cuando el indiciado sea puesto a disposición de aquélla que, por regla general, no podrá exceder del término de setenta y dos horas (salvo que exista la duplicidad del término constitucional a petición del inculpado o de su defensor).

Motivo por el cuál en el presente trabajo entraremos al estudio del tipo penal contenido en el artículo 123 de la Ley General de Población (y no cuerpo del delito pues éste último presupone una conducta de facto situación que no acontece con el primero pues es una situación abstracta) el cuál versa así:

“Artículo 123.- Se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente al país.”

Se compone de los siguientes elementos:

- 1). Un sujeto activo con calidad específica (extranjero); y
- 2). El internamiento ilegalmente en el país del sujeto activo.

Finalmente, antes de iniciar el estudio de los elementos del tipo penal cabe señalar que *“para justificar la existencia de los tipos en los ordenamientos legales se sigue la idea de que hay conductas que son dañinas para el conjunto social y que por ello deben ser motivo para imponer una sanción, siendo necesario dotar de una materia la prohibición y para ello tiene que aparecer el tipo, concretando las conductas que son violatorias del orden jurídico creado en beneficio de la armonía social y es cuando surge la función de concreción que emergen los tipos, sea cual fuere su característica descriptiva”*.⁴ Y en ese orden de ideas trataremos de demostrar en ésta parte del presente trabajo lo innecesario de la creación de éste tipo penal en la legislación vigente, pues a nuestro parecer carece de la importancia de jerarquía de los valores culturales de la comunidad para ser merecedores de una tutela especial que proporciona el Derecho Penal.

3.2. Elementos del Delito.

⁴ VELA TREVIÑO, Sergio, *“Antijuridicidad y su justificación”*. Tercera edición. Segunda reimpresión, abril 1997. Editorial Trillas, México, pág. 40.

3.2.1. Aspectos Positivos.

Dentro de los aspectos positivos encontramos la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad (con las salvedades que citaremos en su momento), empezaremos con la conducta.

La conducta para Raúl Carrancá y Trujilló y Raúl Carrancá y Rivas dicen que *“es un elemento básico del delito, pues lo primero que se requiere para que exista es que se produzca una conducta humana. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia de voluntad del movimiento corporal espera, lo que también causará un resultado”*,⁵ por lo cuál podemos decir que es *“el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”*⁶, en el delito a estudio se encuentra determinada por el internamiento de un extranjero al país ilegalmente de lo cuál se desprende el tipo penal, (la tipicidad se entiende como la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, *“por lo cuál no debe confundirse con el tipo que es una creación del legislador”*)⁷ para lo cuál tendremos que dilucidar en primer término que se entiende por extranjero, atendiendo a la definición del artículo 33, en concordancia con el 30, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁸, a saber:

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

⁵ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *“Derecho Penal Mexicano, Parte General”* 18 Editorial. Porrúa México 1995. pág. 165.

⁶ CASTELLANOS Fernando, *“Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)”*. Cuadragésima primera edición. Editorial Porrúa. México 2000. Pág. 149

⁷ ibidem. Pág. 167.

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Op. Cit.

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

A).- Son mexicanos por nacimiento:

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

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

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

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

B).- Son mexicanos por naturalización:

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

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

Asimismo, al referirnos al vocablo “extranjero”, los preceptos constitucionales referidos, tienen vinculación directa con la fracción IV del artículo 2 de la Ley de Nacionalidad⁹, que versa de la siguiente manera:

“Artículo 2o.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

...

IV. Extranjero: Aquel que no tiene la nacionalidad mexicana.”

Entonces, resulta ser extranjero todo aquel que no tenga nacionalidad mexicana; es decir, que no tenga vínculo jurídico-político con el Estado mexicano.

Ahora bien, ese carácter individual que lo constituye la nacionalidad, debe probarse con documento idóneo, siendo el numeral 3 de la citada ley de nacionalidad, el que nos especifica los títulos aptos para ello:

“Artículo 3o.- Son documentos probatorios de la nacionalidad mexicana, cualquiera de los siguientes:

I. El acta de nacimiento expedida conforme a lo establecido

⁹ Agenda para el extranjero. Editorial Isef. México 2007.

- 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.”*

En ese tenor, una vez mencionados los documentos que la ley señala como idóneos para acreditar la nacionalidad, conviene precisar que el término “ilegalmente”, “*significa carente de legalidad*”¹⁰, es decir, contrario a la ley; en el caso concreto, es una desviación o apartamiento de los medios señalados por las leyes federales mexicanas en estudio, para introducirse clandestinamente al país, incumpliendo con ciertos requisitos determinados por la normatividad del Estado Mexicano para regular la entrada y salida del país de personas extranjeras, así como revisar su documentación y obtener un exacto control de los mismos y las calidades migratorias con las que se internan en el país, con el objeto de regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional.

Así, el término ilegal que contiene el delito sujeto a estudio es un elemento subjetivo de intelección jurídica, es decir, requiere de una valoración jurídica para ser comprendido o entendido, cuya función es hacer más comprensible la descripción objetiva de la conducta.

En ese orden de ideas, por lo que respecta a la antijuridicidad del delito, Miguel

¹⁰ “Compendio de términos de derecho civil” Coordinador Mario Ibarra. Primera edición. Editorial Porrúa. UNAM. México 2004. Pág. 280.

Ángel Aguilar López refiere que *“es un juicio de desaprobación del hecho en cuanto ofensivo para un bien jurídicamente protegido. Ahora bien, como el Derecho Penal, dado su carácter fragmentario, no prohíbe bajo amenaza penal toda clase de ataque a los bienes jurídicos más elementales del individuo y la comunidad, sino aquellos que se muestran como más intolerables, el desvalor de la acción que entraña la específica modalidad de ataque también forma parte del contenido sustancial de la antijuridicidad”*¹¹ concomitante a la opinión anterior Fernando Castellanos¹² quien dice que para afirmar que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente de un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores de un Estado, y concluye diciendo que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo, finalmente para Sergio Vela Treviño la antijuridicidad *“es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre un conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado”*¹³.

Es por ello, que atendiendo al criterio de la antijuridicidad como el resultado de un juicio de valor, podemos decir que la conducta señalada en el artículo 123 de la Ley General de Población (consistente en la introducción de manera ilegal al país de un extranjero) es antijurídica empero, a nuestro modo de ver tal valoración es incorrecta pues si bien es cierto que la norma jurídica es la delimitadora del criterio único utilizable para determinar tanto lo jurídico como lo antijurídico y por ende lo que no se encuentra dentro de dicha *“norma jurídica carece de relevancia o de interés para determinar tanto lo apegado a la norma como lo contrario a ésta”*¹⁴, también lo es que el legislador materialmente se está excediendo en concebir tal conducta como antijurídica de índole penal, sino que debiese ser entendida únicamente como contraria a Derecho, pudiendo ser innecesario la regulación en materia penal. Sin que lo anterior signifique que podemos encontrar dos tipos de antijuridicidad (material y formal), pues ya reiteramos que el juicio de valor es único y no puede ser dividido, tal y como lo define Malo Camacho al decir que *“es un único*

¹¹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *“El Delito y la Responsabilidad Penal, Teoría, Jurisprudencia y Práctica”*. Primera edición. Editorial Porrúa. México 2005. Pág. 301.

¹² Fernando Castellanos Op. Cit. Pág. 179.

¹³ VELA TREVIÑO, Sergio, Op. Cit. Pág. 130.

¹⁴ Ibidem. Pág. 132.

juicio valorativo acerca de la conducta típica que se estime antijurídica o no, a la luz de sus propias valoraciones que reconocen derechos, que se recogen en los permisos, que a su vez dan origen a las legitimaciones y, tal juicio formal, al mismo tiempo, implica también, el reconocimiento de la lesión a un bien jurídico protegido por la ley penal, y supone un daño material, que en todo caso, conforma el contenido específico de lo que se ha querido entender como antijuridicidad material pero cuidando de no permitir que tal noción lleve a los extremos de ilegalidad que ya la historia ha restringido".¹⁵Situación que podemos observar en el delito a estudio, asimismo, no pasa desapercibido que nuestro sistema jurídico también regula la puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados como lo son los delitos contra la salud, sin que implique un resultado material tal y como lo cita el autor anterior.

Por lo cuál no abundaremos más al respecto por lo concerniente a la antijuridicidad salvo la reiteración de lo ya descrito con antelación en el sentido de ser innecesario la regulación en materia penal, agregando que *"el tipo penal es la concreción de la antijuridicidad"*¹⁶y en esa tesitura todos aquéllos delitos contenidos ya sea en un código penal o una ley específica (como en el caso en concreto) se entenderán como conductas antijurídicas a excepción de la existencia de una justificación de la misma, situación que veremos en los aspectos negativos del delito a estudio, limitándonos por el momento a la solo referencia de la antijuridicidad por lo que se refiere al delito en cuestión.

En ese orden de ideas por lo que se refiere a la culpabilidad Jiménez de Azúa la define de la siguiente manera: *"es el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas"*¹⁷, asimismo, Sergio Vela Treviño¹⁸ la define como *"el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto*

¹⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, "Derecho penal mexicano", Segunda edición. Editorial Porrúa. México 1998. pág. 405.

¹⁶ Ibidem. Pág. 40.

¹⁷ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal Tomo V, La Culpabilidad". Cuarta edición. Editorial Losada S.A. Brasil 1992. Pág 92.

¹⁸ VELA TREVIÑO, Sergio. "Culpabilidad e Inculpabilidad: Teoría del Delito". Editorial Trillas. México 1990. 2ª edición. Cuarta reimpresión 2000. pág. 201

imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma”, en ese orden de ideas Miguel Ángel López Aguilar¹⁹ manifiesta que el examen de la culpabilidad significa que se cuestiona si un hecho puede serle reprochado personalmente al autor (a título personal). En consecuencia, la responsabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a Derecho. Para Díaz Aranda Enrique “la culpabilidad consiste en un juicio sobre el autor mediante el cual se determina si se le puede reprochar el haberse comportado contrariamente a lo establecido en el orden jurídico”.²⁰

Finalmente Fernando Castellanos concibe a la culpabilidad “como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”.²¹

De lo anteriormente expuesto podemos inferir, que la culpabilidad inicialmente supone una conducta típica y antijurídica, pues en caso contrario no podríamos decir que se configuraría tal juicio valorativo, que se actualiza con el reproche a una persona imputable en la medida de la exigibilidad de comportarse dentro de los parámetros de conducta que el derecho ordena. Ahora bien, debido a que tal exigencia es previa al juicio de reproche (que no es sino la valoración de si se condujo dentro de los señalamientos de la norma jurídica), es facultad del juzgado atendiendo a una valoración cultural de una sociedad en un tiempo y lugar determinados, decidir cuando le era exigible a una persona el conducirse de conformidad con la norma, de lo cuál cobra aplicación la siguiente tesis jurisprudencial de nuestro máximo tribunal.

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Mayo de 2006
Página: 111
Tesis: 1a./J. 166/2005

¹⁹ LÓPEZ AGUILAR, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 345.

²⁰ DÍAZ ARANDA, Enrique. “Teoría del Delito (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)”. Editorial Straf. México 2006. Primera edición. Pág. 263.

²¹ Fernando Castellanos. Op. Cit. Pág. 234.

Jurisprudencia
Materia(s): Penal

Rubro: CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INculpADO, SALVO QUE SE TRATE DE DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

Texto: *“De los artículos 70 a 77 del Código Penal para el Distrito Federal, que regulan las reglas de aplicación de las penas, se desprenden dos reglas distintas, una general, aplicable a todos los delitos y otra específica, que resulta aplicable sólo a los delitos culposos, la primera de ellas se encuentra comprendida en los artículos 70 y 72, mientras que la segunda se integra con lo dispuesto en la regla general así como en el artículo 77 del ordenamiento legal en cuestión. Debe advertirse que en la regla general de referencia no se encuentra expresamente establecido que el juzgador al fijar el grado de culpabilidad del inculcado e individualizar las penas a imponer deba tomar en consideración sus antecedentes penales, lo cual no ocurre en la regla específica, aplicable sólo a los delitos culposos, ya que expresamente se establece que en la hipótesis apuntada deben tomarse en consideración, entre otros aspectos, si el inculcado ha delinquirido en circunstancias semejantes. Ahora bien, como en nuestro sistema jurídico impera la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, debe concluirse que al fijar el grado de culpabilidad de un inculcado e individualizar las penas a imponérsele, conforme a la regla general en cuestión, no deben tomarse en cuenta sus antecedentes penales, pero cuando se trate de delito culposo, al cual le resulta aplicable la indicada regla específica, sí debe tomarse en consideración ese dato, por así disponerlo expresamente la ley; dicha conclusión se corrobora con los antecedentes legislativos de las normas en cuestión, puesto que antes de la expedición del actual Código Penal para el Distrito Federal, en esta capital era aplicable el Código Penal Federal, en cuyos artículos 50 y 52 se establecen las circunstancias que deben ser tomadas en consideración al individualizar las penas, legislación que antes del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, esencialmente atendía al grado de peligrosidad o temibilidad del inculcado, abandonándose esa corriente doctrinaria a partir de la fecha indicada, para adoptarse la figura del reproche de culpabilidad, según se señaló en la exposición de motivos del decreto de referencia, con la finalidad de que con base en la gravedad del hecho ilícito y en el grado de culpabilidad del agente, se cuantificara justamente la pena a imponer, exponiéndose expresamente que se abandonaba en esos aspectos el criterio de temibilidad*

o peligrosidad porque si bien era un principio orientador de las medidas cautelares, no debía serlo para la pena, ya que sólo se debía castigar al delincuente por el hecho cometido y no por lo que era o por lo que fuera a hacer”.

Precedentes: Contradicción de tesis 120/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Décimo en Materia Penal del Primer Circuito. 4 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez.

De igual manera, del criterio anterior podemos deducir varias aseveraciones en cuanto a la individualización de las penas que tocaremos en el siguiente capítulo, empero, en lo que respecta en el presente punto tan sólo nos concretaremos a decir que en el delito a estudio se observa que el juicio de reproche que se hace a los extranjeros que entran ilegalmente al país, se hace evidente al serles exigible el conducirse de manera distinta, es decir, colmar con los requisitos por la Ley General de Población que en su artículo 64 señala:

“ARTÍCULO 64.- Los extranjeros, cuando sean requeridos por la Secretaría de Gobernación, deberán comprobar su legal internación y permanencia en el país; y cumplirán los demás requisitos que señalen esta Ley y sus Reglamentos.”

Y al evadir la revisión migratoria, violentan con ello el interés que tienen las autoridades administrativas encargadas de los servicios migratorios en tener un exacto control de los extranjeros que se encuentran en nuestro país, así como de llevar minuciosamente el registro de su calidad migratoria y de su situación jurídica en general.

Lo anterior, sin pasar desapercibido que en nuestra consideración tal exigibilidad no debiese ser de carácter penal sino administrativo y que tal apreciación tratamos de hacerla ver sin descuidar la objetividad en el análisis del delito en cuestión.

Finalmente; por lo concerniente a la punibilidad como lo comentamos anteriormente, compartimos la idea de Rodríguez Manzanera en el sentido de definir a la misma como *“la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o*

que deja de hacer algo ordenado por la ley penal”²² (véase el capítulo segundo del presente trabajo referente a la actividad legislativa), en ese mismo orden de ideas, Fernando Castellanos refiere que la punibilidad “consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta”.²³

En efecto, como ya se dijo antes la punibilidad es una actividad meramente legislativa, con la posibilidad de sancionar a una persona con una pena contenida en la descripción típica, ahora bien, esto nos lleva a la problemática de si tal posibilidad de aplicar una pena o reacción social es parte o no del delito, debido a que por un lado el artículo 7 del Código Penal Federal²⁴ dice: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, del cuál se desprende invariablemente como elemento tal punibilidad, es decir la sanción, empero, existe la posibilidad de que al suprimir tal definición no existiese problema alguno en los delitos contenidos en las legislaciones penales ya sea del Fuero Común o Federal, lo cual conllevaría a ser un elemento no necesario o indispensable, ahora bien, el verdadero problema radica en la manera en que la ley en algunos casos considera una conducta, típica, antijurídica y culpable, sin aplicar una sanción; y es el ejemplo típico las excusas absolutorias siendo uno de varios ejemplos aquéllos casos en los cuales aplicarla sería innecesaria ya sea por senilidad o porque el sujeto activo del delito ya ha sufrido una pena con la comisión de esa conducta y sería excesivo la aplicación de una diversa (como ejemplo el conductor que debido a su imprudencia pierde el control de su vehículo y colisiona con toda su familia, falleciendo esta última), al respecto, las consideraciones vertidas por diversos autores nos llevarían a entrar a un estudio extenso mismo que no podríamos dilucidar en los pocos párrafos del presente punto, asimismo, no es materia del presente trabajo, situación que hace difícil lo tocante a éste punto, empero, nos inclinaremos con la idea de que tal punibilidad forma parte del delito pues en concordancia con nuestro derecho positivo mexicano y con la idea a contrario sentido de que no existe pena sin delito, (*nulla poena sine lege*) pues a nuestra manera de pensar no tendría sentido decir que existe un delito sin la sanción correspondiente, muy a pesar de la idea con cierto

²² Rodríguez Manzanera. Op. Cit. Pág. 88.

²³ Fernando Castellanos. Op. Cit. Pág. 275

²⁴ Código Penal Federal. Op. Cit.

fundamento de que la pena es una consecuencia del delito y no un elemento de éste.²⁵

Lo anterior es así debido a que en nuestro tema es la despenalización del delito tema a estudio, por lo cuál para reafirma dicha postura es necesario estar en el entendido de que la punibilidad es parte del delito, y pugnar por una regulación del flujo migratorio para los extranjeros de carácter administrativo y no en materia penal.

En ese orden de ideas resulta procedente decir que la punibilidad para el delito a estudio es de hasta dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, de lo cuál debemos determinar el mínimo que es de tres días de prisión (según el artículo 25 del Código Penal Federal), con lo cuál obtenemos el parámetro que el legislador creó para éste delito, siendo irrisorio pues como se observó la finalidad de la pena en nuestro sistema jurídico lo constituye la prevención especial y general, es decir, evitar la reincidencia con la intimidación de la colectividad, empero dichas finalidades a nuestro punto de vista no se cumplen en el delito en cuestión debido a que por una parte cualquier Estado en uso de su soberanía considera dañino a cualquier extranjero que evadiendo la revisión migratoria entre a su territorio, motivo por el cuál el paso siguiente lo sería la expulsión del mismo a través del procedimiento administrativo correspondiente y no hacerlo permanecer en el país para compurgar una pena de prisión, lo cuál a nuestro punto de vista da un pilar más para pugnar por una despenalización en materia penal.

3.2.2. Aspectos Negativos.

Dentro de los aspectos negativos iniciaremos con la ausencia de la conducta, la cuál se encuentra en el artículo 15, fracción I del Código Penal Federal, misma que versa así “El delito se excluye cuando: I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.” Al respecto Fernando Castellanos comenta que una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada “*vis absoluta, o fuerza física*

²⁵ Cfr. Fernando Castellanos. Op. Cit. Pág. 277

*exterior irresistible*²⁶, la cuál encontramos su definición en la siguiente tesis aislada:

Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XIV, Julio de 1994
Página: 598
Tesis Aislada
Materia(s): Penal

Rubro: FUERZA FISICA EXTERIOR IRRESISTIBLE COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA).

Texto: *“Para que proceda la excluyente de responsabilidad criminal prevista por el artículo 14, fracción I, del Código Penal del Estado de Tlaxcala, consistente en que el activo obre bajo el impulso de una fuerza física exterior irresistible, es menester que se compruebe la existencia de una fuerza material, no moral, sino violenta de hecho; que la fuerza sea exterior, es decir, provocada físicamente de fuera del sujeto que la sufre e irresistible para él, al grado de que supere su propia resistencia, incapacitándolo para autodeterminar su conducta y para actuar con autonomía”.*
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 310/93. Gerardo Hernández Huescas. 13 de julio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Empero, de la definición expuesta en la tesis citada compartimos la idea del maestro quién concluye que no es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; pues cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, motivo por el cuál no abundaremos en lo concerniente a los movimientos reflejos, sueño, hipnotismo y sonambulismo, pues caeríamos en una análisis dogmático situación que no acontece en el presente trabajo y tan sólo nos limitaremos a un ejemplo práctico que a nuestro parecer es la falta de conducta y lo constituye el tráfico de personas indocumentadas en cualquiera de sus modalidades, pues existen varios supuestos en los cuales los extranjeros

²⁶ Fernando Castellanos. Op. Cit. Pág. 164

carecen de voluntad en su conducta y lo es cuando son transportados en condiciones inhumanas con la finalidad de explotarlos sexualmente en nuestro país vecino del norte, sin importar la edad ni sexo pues las víctimas de éstos atroces actos generalmente son menores de edad y mujeres, motivo por el cuál se ha dado el supuesto de que estas redes de traficantes de personas son detenidas y las mismas liberadas, en este caso sería una flagrante violación a sus Derechos Subjetivos Públicos el que se les siguiera un proceso penal por la introducción ilegalmente al país, ya que si bien es cierto se introdujeron ilegalmente al país teniendo la calidad de extranjero, también lo es que fue en contra de su voluntad, ahora bien, no debe confundirse éstos dos ejemplos con la situación diversa del tráfico de indocumentados en los cuáles, éstos últimos dan un beneficio pecuniario al o a las personas que los transportan y voluntariamente ponen en peligro su vida al ser transportados en condiciones lacerantes, para lo cuál cobra aplicación la siguiente tesis aislada:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Noviembre de 2003

Página: 1031

Tesis: VIII.2o.31 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: TRÁFICO, PROPÓSITO DE. CONNOTACIÓN DE ESE ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO PREVISTO POR EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.

Texto: "El elemento típico subjetivo "propósito de tráfico" a que alude el párrafo primero del artículo 138 de la Ley General de Población, es la intención que tiene el sujeto de explotar la condición humana y económica del indocumentado, sometiéndose a situaciones indignantes al llevarlo por sí o por interpósita persona a través del territorio nacional, a fin de internarlo ilegalmente a otro país; explotación económica que se concibe bajo una exigencia numérica de previo o concomitante pago, que implica la realización de tal actividad ilícita, razón por la cual es inteligible el reclamo generalizado de la sociedad para que se castigue con mayor severidad a aquellas personas que cometen el delito de tráfico de indocumentados; por tanto, para perfilar la connotación típica del elemento "propósito de tráfico", en su raíz subjetiva se amerita el estudio analítico de todas aquellas circunstancias que revelen el

proceder finalista de los activos, según la dinámica de los hechos”.
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 117/2003. 11 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Eduardo Facundo Gaona. Secretaria: María Elena Recio Ruiz.

En ese orden de ideas, ahora toca el turno de la atipicidad, la cuál entendemos como la no adecuación de la conducta realizada por el sujeto activo del delito al tipo penal, que en caso en concreto lo constituye la entrada ilegalmente al país de una persona que tenga la calidad de extranjero, elementos que en obvio de inútiles repeticiones no se volverán a plasmar, limitándonos a comentar que tales elementos del delito deben estar debidamente acreditados para la debida prosecución de la causa penal en los Juzgados de Distrito, pues en caso contrario se violentaría la seguridad jurídica así como los Derechos Subjetivos Públicos de cualquier persona que estuviera siendo procesada sin los elementos suficientes.

Ahora bien, en el punto relativo a las causas de justificación para evitar la antijuridicidad (misma que se ha definido con antelación) están consagradas en el artículo 15 del Código Penal Federal en las fracciones III, IV, V y VI, y las cuáles son; se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídicamente afectado, en Legítima defensa, se obre en Estado de necesidad, la conducta se realice en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

En ese orden de ideas por lo que toca a que se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídicamente tutelado, debemos decir que no se podría configurar dicha justificación en virtud, de que caeríamos en el supuesto de decir, que quién pudiese otorgar dicho consentimiento sería el Estado mexicano a quién se le vulnera al evadir la revisión migratoria siendo una contradicción en sí misma; de igual manera, en lo relativo a la legítima defensa cabe precisar que no encontramos un supuesto en el cuál se actualice dicha justificación, pues los requisitos de la misma lo son que se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y

racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente inmediata por parte del agredido o de la persona a quién se defienda, circunstancia de la cuál no podríamos concebir que se actualizara la misma en este delito.

De igual manera, en lo que respecta al ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, debemos aclarar que no podría actualizarse ninguna de los dos supuestos debido a que en el Derecho Internacional Público que impera en la actualidad ningún Estado podría permitir la introducción de manera ilegal de sus gobernados a otro Estado, pues debe aclararse que las dos hipótesis tienen como fundamento una norma jurídica que legitime tal actuar, situación de la cuál no pudiese darse en ningún sistema jurídico.

Finalmente, por lo que toca a este punto pensamos que el Estado de necesidad si puede llegar a actualizarse, debido a que tal justificante si tendría cabida en los supuestos contemplados en los artículos 35, 42, fracciones, V, VI, de la Ley General de Población que lo son aquéllos que para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas; o cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen que lo huyan obligado a huir a otro país, denominados respectivamente asilados políticos y refugiados serán admitidos temporalmente por la Secretaría de Gobernación a través del Instituto Nacional de Migración configurándose a nuestro parecer un Estado de necesidad pues se salvaguarda un bien jurídicamente tutelado (en este caso la vida o la libertad personal), de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente (en este caso la persecución ya citada independientemente de la naturaleza de ésta ya sea política, étnica, religiosa... que la origine), lesionando otro bien de menor valor que en este caso lo constituye la vigilancia y exacto control de entradas y salidas de personas extranjeras al país, así como el registro de su calidad migratoria y de su situación jurídica en general, si el peligro no es evitable por otros medios.

Ahora bien, toca el momento de hablar de la inculpabilidad, empero debemos hacer mención de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad siendo definida la primera por el artículo 15 fracción VII del Código Penal Federal, como la capacidad de entender el carácter ilícito de una conducta y de conducirse de conformidad con esa comprensión (cobra aplicación los cleptómanos), pues como ya lo referimos con antelación la culpabilidad es un juicio valorativo, es decir es la exigibilidad de conducirse de conformidad con la normatividad imperante en nuestro sistema jurídico y claro está que ese reproche no se le podría exigir a una persona afectada de sus facultades mentales o que no tiene la suficiente capacidad para entender el carácter ilícito de su hacer (o se encuentra disminuida) pero, no debe pasar inadvertido que si alguna persona se pone voluntariamente en algún estado o trastorno mental y en éste mismo estado comete algún delito debe decirse que fue una acción libre en su causa y por ello deberá responder siempre y cuando el resultado sea previsible.

En ese orden de ideas, una vez expuesto un esbozo de la imputabilidad debemos pasar a las causas excluyentes de inculpabilidad la cuál tiene como supuestos el error invencible (no tocaremos el error vencible pues de ser así estaríamos hablando de un delito culposos), la inexigibilidad de otra conducta, y obviamente la inimputabilidad, empezaremos por el error invencible; en la actualidad es casi imposible demostrar que se tiene un error en cuanto a las formalidades para ingresar a cualquier país distinto al de origen y tan es así que se conoce la ilicitud de la misma conducta que se hace furtivamente, es decir, se tiene un conocimiento general de los requisitos que se deben cumplir tanto para salir de cualquier país como para ingresar a uno distinto, ahora bien, muchas de las personas que se encuentran en el supuesto de contar con documentación apócrifa para introducirse al país argumentan error invencible pues manifiestan que aportaron cierta cantidad de dinero a una persona para que les “tramitara” la referida documentación, situación de la cuál a nuestro punto de vista carece de fundamento en primer lugar por ser trámites personales como lo son la obtención del pasaporte y la visa y de los cuáles se hacen ante las autoridades correspondientes llámese Secretaría de Relaciones Exteriores (en México) por lo que respecta al primero y consulados o

embajadas por el segundo, por lo cuál queda de manifiesto la ilicitud de su conducta pues a través del pago de una cierta cantidad quieren obtener una documentación de la cuál saben no cumplen con los requisitos a cabalidad por diversas circunstancias y por ello acuden a pseudo-gestores para la obtención de los mismos, aunado al hecho de que se suscita un error vencible pues se tendría duda de la autenticidad de la documentación que tuviera un costo elevado por la obtención de la misma, debido en parte a que por sentido común se tiene un conocimiento de los costos para la tramitación de la debida documentación aunado al hecho que todo trámite se hace ante alguna autoridad y no ante diversas personas.

3.3. Clasificación del Delito.

3.3.1. En Función a su gravedad.

Debe decirse que en nuestro sistema jurídico penal mexicano los delitos tienen dos maneras de atender a si un delito es grave o no dependiendo si es del fuero común o federal; el primero de ellos generalmente atiende al punto medio de la suma de la penalidad mínima con la máxima y si ésta al ser dividida es mayor a cinco años de prisión, se considera grave y en el segundo se atiende a un catálogo en los cuales se plasman aquéllos delitos considerados como graves y en consecuencia como el delito a estudio se encuentra contemplado en una Ley General lo es también de materia federal, por lo cuál debemos atender al artículo 194 del Código Adjetivo Federal, el cuál no se encuentra y por obvias razones no es considerado como grave.

3.3.2. Según la Conducta del Agente.

Doctrinariamente se ha clasificado la conducta del agente en manera de acción o de omisión, siendo el caso en específico de acción pues la conducta es la introducción de manera ilegal al país de un extranjero situación que a todas luces hace evidente tal circunstancia.

3.3.3. Por el Resultado.

En este punto debe decirse que el resultado es formal, debido a que el delito se configura con la introducción al país del extranjero sin la debida documentación, es decir ilegalmente, con lo cuál no existe un cambio fáctico en el mundo exterior, por lo cuál es de intelección jurídica, es decir, que requiere de una valoración jurídica para ser comprendido o entendido.

3.3.4. Por el elemento interno.

En esta clasificación según el artículo 8 del Código Penal Federal los delitos se dividen en culposos y dolosos, por lo que respecta a nuestro delito se realiza de manera dolosa, es decir, el sujeto activo del delito actúa con el conocimiento y entendimiento pleno del carácter ilícito de su conducta y quiere o acepta tal resultado, situación que no acontece en los delitos culposos en los cuales el sujeto activo tiene conocimiento del carácter ilícito de su conducta pero actúa confiando en que el resultado no se realizará, es decir, no quiere el resultado, siendo en la mayoría de los casos producto de negligencia o impericia. De lo anterior cobra aplicación la siguiente tesis aislada.

Novena Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Marzo de 2006
Página: 205
Tesis: 1a. CVII/2005
Tesis Aislada
Materia(s): Penal

Rubro: DOLO DIRECTO. SU ACREDITACIÓN MEDIANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL.

Texto: *“El dolo directo se presenta cuando el sujeto activo, mediante su conducta, quiere provocar directamente o prevé como seguro, el resultado típico de un delito. Así, la comprobación del dolo requiere necesariamente la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley. Por ello, al ser el dolo un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito. Empero, ante su ausencia, puede comprobarse*

con la prueba circunstancial o de indicios, la cual consiste en que de un hecho conocido, se induce otro desconocido, mediante un argumento probatorio obtenido de aquél, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos. En efecto, para la valoración de las pruebas, el juzgador goza de libertad para emplear todos los medios de investigación no reprobados por la ley, a fin de demostrar los elementos del delito -entre ellos el dolo-, por lo que puede apreciar en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena. Esto es, los indicios -elementos esenciales constituidos por hechos y circunstancias ciertas- se utilizan como la base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica causal o lógica. Ahora bien, un requisito primordial de dicha prueba es la certeza de la circunstancia indiciaria, que se traduce en que una vez demostrada ésta, es necesario referirla, según las normas de la lógica, a una premisa mayor en la que se contenga en abstracto la conclusión de la que se busca certeza. Consecuentemente, al ser el dolo un elemento que no puede demostrarse de manera directa- excepto que se cuente con una confesión del sujeto activo del delito- para acreditarlo, es necesario hacer uso de la prueba circunstancial que se apoya en el valor incriminatorio de los indicios y cuyo punto de partida son hechos y circunstancias ya probados”.

Precedentes: Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

3.3.5. Por su estructura.

En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos, los primeros atienden a la lesión jurídica de cada delito es decir, en nuestro caso se entiende que es simple pues el bien jurídicamente tutelado es uno sólo que no se encuentra agravado por una diversa figura, como lo pudiese ser un delito distinto como el robo pues éste último contempla varias hipótesis, es decir, no es lo mismo un robo simple a un robo a casa habitación con violencia, pues se estaría en la presencia de una nueva figura delictiva distinta del robo simple, que encuadraría tanto el robo como el allanamiento de morada, situación que en nuestro delito no se actualiza.

3.3.6. Por el número de Actos.

También denominados por la doctrina como unisubsistente o plurisubsistente, dicha clasificación atiende al número de actos que realiza el sujeto activo para cometer un delito, siendo en nuestro caso se trata de un delito unisubsistente o de un solo acto pues para entrar ilegalmente a nuestro país se requiere de uno solo, y no diferencia de otros como el abuso de autoridad señalado en el artículo 215, fracción VIII, en la cuál señala que comete el citado delito el servidor público que haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le hay confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente, en éste supuesto vemos que son dos actos uno el hacer que se le entregue un bien que no se le hubiese confiado a él y acto seguido disponga de éstos indebidamente.

3.3.7. Por el número de Sujetos.

Esta clasificación de delitos también es llamado unisubjetivos y plurisubjetivos y atiende a la unidad de sujetos que participan, por lo cuál en nuestro delito se trata de un delito unisubjetivo en todos los casos pues sin importar el número de extranjero que se introduzcan ilegalmente al país cada uno comete un delito separado, es decir, nunca podría configurarse por varios sujetos en virtud de que no existe número específico en el tipo penal, como delincuencia organizada o asociación delictuosa, en los cuáles el tipo penal si solicita un número de sujetos.

3.3.8. Por su forma de Persecución.

Por ésta clasificación nuestro delito se persigue por querrela, toda vez que el artículo 143 de la Ley General de Población, exige como requisito de procedibilidad la presentación de la querrela respectiva de la Secretaría de Gobernación a través del Instituto Nacional de Migración, para mayor abundancia véase el capítulo II, en lo referente a las facultades de dicho Instituto sin que se óbice que se trate nuevamente en el siguiente capítulo.

3.3.9. En Función de su materia.

En lo relativo a éste punto cabe señalar que el artículo 6 del Código Penal Federal refiere que son delitos los contemplados en el citado código o en una Ley especial como lo es la Ley General de Población, circunstancia que da la pauta para que tenga una prosecución de índole Federal en la cuál son llevados por un Juzgado de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal o en aquéllos circuitos en los que se cuenten con Juzgados especializados y mixtos donde no los hubiere.

3.4. Bien Jurídicamente Tutelado.

El bien jurídicamente tutelado en materia penal, son todos aquéllos bienes que el legislador considera de vital importancia y por ende hace necesaria su protección y que en el caso en específico lo constituye como ya se citó con antelación la vigilancia y exacto control de entradas y salidas de personas extranjeras al país, así como el registro de su calidad migratoria y de su situación jurídica en general

Capitulo IV. PROCECUSIÓN DEL DELITO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 123 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN EN EL PROCESO JURISDICCIONAL.

4.1. Detención en los puntos de revisión migratoria.

Para iniciar en el presente punto cabe destacar lo señalado por Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16 que en lo conducente dice así:

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

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

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

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

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

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este

plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal...”

De lo anteriormente transcrito se actualizan las hipótesis en las cuales puede hacerse una detención legalmente en materia penal y lo es mediante una orden de aprehensión, caso urgente o flagrancia, (sin soslayar la detención con fines de extradición que regula el artículo 119 de la Constitución Federal por ser una medida cautelar) siendo éste último el que nos interesa para el caso en concreto, por lo cuál veremos las hipótesis en las cuales se encuadra dicha figura jurídica y las encontramos en el artículo 193 del Código Adjetivo Federal Penal el cual dice de la siguiente manera:

“ARTICULO 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.”

Ahora bien, en nuestro delito a estudio al ser de naturaleza instantánea, es decir, su comisión tiene verificativo con una sola conducta (independientemente de que la misma se prolongue en el tiempo al transitar por nuestro país), por lo cuál según nuestra Carta Magna cualquier persona estaría facultada para

detener a los extranjeros indocumentados, empero, para acreditar dicha situación se necesitaría en primer lugar de requerir al citado extranjero de la documentación correspondiente, hipótesis que no se actualiza por ser una función exclusiva de vigilancia de las autoridades correspondientes (entre las cuales se encuentra la Representación Social), por lo que en la mayor parte de las detenciones se dan en los puntos de revisión migratoria ya sea aeropuertos, aduanas, carreteras... en los cuales las autoridades aprehensoras (lo referimos así pues la Ley General de Población faculta a cualquier autoridad en los tres niveles de gobierno para coadyuvar en la detención de personas indocumentadas) al hacer la revisión de los documentos de las personas en la mayoría de los casos se actualizan dos supuestos, el primero es que carezcan de algún documento idóneo para acreditar su nacionalidad (artículo 2, fracción IV de la Ley de Nacionalidad) y el segundo es que contengan documentos apócrifos, en ambos casos se presume la existencia del delito en estudio (independientemente de un diverso como el de uso de documento falso), motivo por el cuál son detenidos materialmente.

En estos supuestos, las autoridades aprehensoras tiene una presunción de la existencia del delito en estudio, en virtud de no acreditar su estancia legal en los supuestos referidos, cabe hacer una referencia de facto y no jurídica ya que, en la actualidad existen varias rutas de traslados de los extranjeros indocumentados para ir a los Estados Unidos de Norteamérica, no solamente las vías aéreas, sino terrestres, éstas últimas se dan en parajes lejanos o en el ferrocarril en los cuales los sujetos activos del delito son detenidos y según el dicho de varios indocumentados¹, las autoridades mexicanas perpetran delitos como la violación a las mujeres, robo, lesiones y extorsión entre los más frecuentes (aprovechando las circunstancias citadas: parajes lejanos, altas horas de la noche), concomitante a la amenaza de que en caso de resistencia, serían entregados a migración, situación que acontece después de ocurrido cualquiera de los ilícitos referidos.

¹ “Migración Fascículo 6, transición Democrática y Protección a los Derechos Humanos”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México 2004. Primera edición. pág. 29.

Lo anterior, se acentúa cuando los extranjeros al ser expulsados y denunciar los hechos relatados no pueden reconocer a la autoridad debido a las circunstancias de los mismos, generándose un círculo vicioso donde intervienen todo tipo de autoridades en los tres niveles y tanto penales como administrativas, motivo por el cuál la travesía a en el tránsito de nuestro país se ha convertido en un verdadero calvario sobre todo en la parte sur.

4.2. Puesta a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación y su omisión a elaborar el acuerdo de Retención de los inmigrantes.

En este punto en específico, es de destacarse que una vez que se ha detenido materialmente al extranjero indocumentado y en el supuesto de pretender dar cumplimiento a lo signado por el Artículo 16 Constitucional son puestos a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación, a fin de determinar su situación jurídica como marca nuestra Ley Fundamental, empero, en éste caso en específico no se hace conforme a éstos lineamientos, debido a que por una parte como ya se comento en el punto anterior el artículo 119 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala en lo conducente en el supuesto de delito flagrante lo siguiente:

“...En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.”

De lo anteriormente dicho, se debe mencionar que si bien es cierto que el Representante Social deberá ordenar la retención si están satisfechos los requisitos de procedibilidad como lo es la querrela en éste caso, no menos cierto es que al final del artículo en cita da la pauta para dar inicio a la Averiguación Previa pues refiere que *“...iniciará desde luego la averiguación*

previa correspondiente, si aún no lo ha hecho”. Sin que se soslaye el artículo 113 del Mismo Código Adjetivo de la Materia y Fuero que dice así:

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

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

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

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

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

Concomitante a lo referido por el artículo al artículo 4, Apartado A), inciso ñ) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República², que en lo que interesa dice:

“... Cuando el Ministerio Público de la Federación tenga conocimiento por sí o por conducto de sus auxiliares de la probable comisión de un delito cuya persecución dependa de querrela o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad, lo comunicará por escrito y de inmediato a la autoridad competente, a fin de que resuelva con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público de la Federación la determinación que adopten.

En los casos de detenciones en delito flagrante, en los que se inicie averiguación previa con detenido, el Agente del Ministerio Público de la Federación solicitará por escrito y de inmediato a la autoridad competente que presente la querrela o cumpla el requisito equivalente, dentro del plazo de retención que establece el artículo 16, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

² Legislación Penal Federal. Editorial Isef. 2007.

Por lo cuál éste último numeral da la pauta a seguir tratándose de delito flagrante pues es claro al especificar que requerirá a quién legalmente proceda para que presente la querrela correspondiente y se satisfaga así el requisito de procedibilidad dentro de las cuarenta y ocho horas a que le obliga nuestra Carta Magna, y en caso de no ser así dejará en absoluta e inmediata libertad según el artículo 119 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Como colofón a lo anterior tiene aplicación la siguiente tesis aislada de nuestro máximo tribunal la cuál dice así:

Registro No. 174273

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIV, Septiembre de 2006

Página: 207

Tesis: 1a. CLIII/2006

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: DELITOS PERSEGUIBLES A PETICIÓN DE PARTE. CUANDO SE ACTUALIZA LA HIPÓTESIS DE FLAGRANCIA, LA DETENCIÓN DEL INDICIADO SÓLO SE CONVALIDA SI EN EL TÉRMINO DE CUARENTA Y OCHO HORAS SE PRESENTA LA QUERRELLA RESPECTIVA.

Texto: *“De la interpretación del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que tratándose de los delitos perseguibles a petición de parte o por querrela, cuando se actualice la hipótesis de flagrancia, la detención o retención del indiciado que lleve a cabo el Ministerio Público se convalida si antes de que concluya el término de cuarenta y ocho horas previsto en el párrafo séptimo del citado precepto constitucional, se presenta la querrela respectiva. De lo contrario, la representación social debe ordenar la inmediata liberación del indiciado, por no mediar petición de parte que sustente la retención.”*

Precedentes: Amparo directo en revisión 1206/2006. 16 de agosto de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Empero a lo anterior, debe decirse que el agente del Ministerio Público no da cumplimiento a lo que a nuestro parecer es una interpretación literal de la ley y en éste caso omite dictar el acuerdo de retención por su parte y se limita a ordenar de una manera extraoficial la detención de los extranjeros indocumentados y da vista al Instituto Nacional de Migración para que formule la querrela correspondiente, por lo cual, al no ordenar la legal retención del extranjero indocumentado lo deja en un estado de indefensión por el tiempo indeterminado desde que fue detenido por los agentes aprehensores hasta que se cumple el requisito de procedibilidad y una vez acontecido lo anterior ejercita acción penal.

4.3. Retención en el Área de Seguridad bajo la custodia de Agentes Federales de Investigación.

Ahora bien, en ese tenor en el cuál se han ido despejando los puntos anteriores del presente capítulo los extranjeros indocumentados que han sido materialmente detenidos y puestos a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación, de los cuales se ha omitido el acuerdo de retención respectivo como dispone nuestra Ley Fundamental, y de los cuales son retenidos en “Áreas de Seguridad” (como en el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México), estando bajo la vigilancia en su caso ya sea por personal del Aeropuerto, Policías Federales o Agentes de Migración, quiénes limitan su participación en autos a dar aviso al Agente del Ministerio Público mediante un oficio con el epígrafe “puesta a disposición”, describiendo de manera sucinta la detención y localización de éstas personas, cometándose varias irregularidades en virtud de que al no ordenar el Ministerio Público su legal retención conculcan Derechos Subjetivos Públicos que en éste caso lo es la libertad personal de los mismos, debido a que materialmente existe tal coacción sobre las personas que tienen detenidas, independientemente de que con posterioridad se ejercite acción penal y con ello de alguna manera traten de subsanar tales violaciones.

Por lo cuál desde el momento en el cuál son aprehendidos, hasta en tanto el Agente del Ministerio Público de la Federación obtiene la querrela y

ratificación de la misma por personal del Instituto Nacional de Migración y eleva sus actuaciones a nivel de Averiguación Previa, y consecuentemente casi de facto ejercita acción penal, (esto último lo tocaremos más adelante), los extranjeros indocumentados son privados de su libertad deambulatoria de una manera tajante pues durante el tiempo en el son retenidos en las llamadas “Áreas de Seguridad” no quedan bajo la guardia de ningún tipo de autoridad competente en virtud, de que a nuestro parecer existe una extralimitación por parte de los Agentes Aprehensores, quiénes si bien es cierto cumplen órdenes de parte del Ministerio Público también lo es que tienen que acatar nuestro marco constitucional, y en ese sentido al no ser dictado el acuerdo de retención por parte del Ministerio Público, tienen pleno conocimiento de la ilicitud de la privación de la libertad a los indocumentados, empero, si quisiéramos presumir buena fe en su actuar lo haríamos en el sentido de que están en cumplimiento de un deber, sin embargo, también está la postura de que al ser indocumentados extranjeros y por ende desconocer el marco jurídico aunado a no contar con persona alguna interesada en el respeto a sus Derechos Fundamentales, al violar de manera flagrante los mismos, no les depararía perjuicio alguno a los policías aprehensores pues ninguna autoridad como el Ministerio Público le imputaría responsabilidad alguna.

En ese orden de ideas, y una vez establecido que existe de facto tal violación a la libertad de los extranjeros indocumentados por parte de los agentes aprehensores y Ministerio Público, lo que nos resta tocar en el presente punto lo es la comisión o no de un delito de privación ilegal de la libertad, por parte de los Agentes aprehensores, pues aunque aleguen cumplimiento de un deber al recibir órdenes de su superior en la realización de sus funciones, lo cierto es que al no dictarse en autos retención legal alguna en contra de los indocumentados se violenta de una manera tajante sus Derechos Subjetivos Públicos que en este caso lo constituye la libertad deambulatoria, ahora bien, después de un estudio en el Código Penal Federal, debemos decir, que no existe tipo penal para tal situación debido a que es necesario la calidad de “particular”, para que se concrete la privación ilegal de la libertad, o en su caso ciertos elementos subjetivos como los son; una relación de subordinación, fines sexuales, obtención de un lucro..., por lo que a nuestra consideración no

se cumple con la exacta aplicación de la ley para el tipo en comento en virtud, de que se necesita de una calidad específico y/o elementos subjetivos, mismos que en el tema en cuestión no se concretizan, para ser más explícito tiene apoyo la siguiente tesis aisladas:

Registro No. 177209

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Septiembre de 2005

Página: 1530

Tesis: I.5o.P.45 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. PARA QUE SE CONFIGURE ESTE DELITO EL AGENTE ACTIVO DEBE TENER LA CALIDAD ESPECÍFICA DE PARTICULAR (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

Texto: *“En el artículo 160 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el legislador estableció textualmente la expresión "al particular que prive a otro de su libertad"; por lo que es evidente que la calidad específica de "particular" del agente activo constituye un elemento típico integrante del delito en comento. En consecuencia, si el indiciado tiene el carácter de autoridad o servidor público, no se configura la hipótesis típica del ilícito, por lo que si realiza la conducta descrita, su proceder podrá ser constitutivo de un diverso delito, pero no el de la privación ilegal de la libertad.”*

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 685/2005. 29 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Bárcena Villanueva. Secretario: Marco Tulio López Escamilla.

Registro No. 187433

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XV, Marzo de 2002

Página: 1425

Tesis: VI.2o.P.23 P

Tesis Aislada
Materia(s): Penal

Rubro: PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, DELITO DE. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA (CÓDIGO PENAL FEDERAL).

Texto: *“El delito de privación ilegal de la libertad previsto y sancionado por el artículo 366, fracción I, inciso b), del Código Penal Federal, en una de sus hipótesis, contiene como elementos integradores: a) Una acción, consistente en que el activo del delito prive de la libertad a una persona; b) Un inicial elemento subjetivo específico, tocante a que la privación de la libertad sea con el propósito de detener como rehén a una persona; c) Un dolo específico, ínsito en la amenaza proferida a la autoridad, consistente en privar de la vida o causar un daño al rehén; d) Un elemento normativo (en el caso específico) tocante al término "autoridad", que sujeto a valoración jurídica debe entenderse como tal, aquel ente público que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta u omite ejecutar un acto cualquiera; e) Un segundo elemento subjetivo específico, relativo a que la amenaza a la autoridad sea con el fin de que ésta realice u omita realizar un acto cualquiera. De ahí que si en la especie la amenaza de privar de la vida o causar daño se concretó por los activos hacia los rehenes y, por ello, su alcance se limitó a la psique y ánimo de los privados de su libertad, pero no trascendió a la esfera de la autoridad, quien no tuvo conocimiento de la dañosa intención de los sujetos de la acción, entonces debe concluirse que la autoridad nunca estuvo en estado de coacción para que movida por el afán de preservar la vida o integridad física de los rehenes, como valor supremo, realizara o dejara de realizar un acto cualquiera y, por ende, como la amenaza se cernió sobre los rehenes pero no en la autoridad, en consecuencia, el delito en comento no se concretó y, por consiguiente, debe otorgarse la protección constitucional al impetrante del amparo”*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 302/2001. 25 de octubre de 2001. Mayoría de votos. Disidente: Tarcicio Obregón Lemus. Ponente: Arturo Mejía Ponce de León. Secretario: José Antonio Hernández Trejo.

En la misma manera, no se actualiza ninguna hipótesis de abuso de autoridad por parte de los agentes aprehensores, debido a que el Código Sustantivo en Materia Federal, en su artículo 215, fracciones VI y VII, que son las hipótesis más parecidas al caso en concreto necesitan la omisión de dar

aviso a la autoridad competente de la privación ilegal de la libertad, y en éste caso lo es el Ministerio Público de la Federación, quién a su vez es quién ordena la detención material sin dictar en autos el acuerdo de retención respectivo.

Finalmente, nos resta hablar del delito cometido en contra de la Administración de Justicia en las hipótesis contenidas en el artículo 225, fracciones IX y X, del Código Penal Federal las cuales dicen así:

“ARTICULO 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

...

IX.- Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable de algún delito, cuando ésta sea procedente conforme a la Constitución y a las leyes de la materia, en los casos en que la ley les imponga esa obligación; o ejercitar la acción penal cuando no preceda denuncia, acusación o querrela;

X.- Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional;...”

De las hipótesis descritas tan sólo veremos la ausencia de un elemento en cada una para que no se encuadre la conducta en los tipos penales, motivo por el cuál empezaremos con la fracción IX, la cuál dice abstenerse injustificadamente de hacer la consignación de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable y cuando se procedente, de esto debe decirse que si el Agente del Ministerio Público de la Federación no da tal calidad de probable responsable por estar ausente el requisito de procedibilidad que lo es la querrela, nos encontramos que faltan elementos del tipo, en este caso la calidad del sujeto pasivo aunado a no contar con los requisitos para consignar de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes Penales.

Ahora bien, por lo que respecta a la segunda debe decirse que al no elevar el Acta Circunstanciada a nivel de Averiguación Previa, ni declarar la legal retención no se puede decir que exceda los plazos del término que tiene si el

mismo de autos se desprende no lo inició, aunado a que en la mayoría de los casos la consignación si se realiza dentro de las cuarenta y ocho horas que señala nuestra Constitución, empero, la irregularidad a la cuál están sujetos a no estar a disposición de autoridad alguna representa una situación alarmante que se presenta día con día en éstas detenciones, sin el debido respecto a los Derechos Fundamentales del cualquier persona que en éste caso en específico lo es los extranjeros que se internan ilegalmente en nuestro país.

4.4. Querrela presentada por parte del Instituto Nacional de Migración como representante de la Secretaría de Gobernación.

En este punto vamos a dilucidar más profundamente lo referente a la querrela por parte de la Secretaría de Gobernación, pues si bien es cierto es necesario cumplir los requisitos de procedibilidad en los casos que se exige así por la ley³, no menos cierto es que no es indispensable cubrir el mismo para el supuesto de delito flagrante, pues la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República da el fundamento para el inicio de la Averiguación Previa, y que en caso de no cubrir el mismo, la Representación Social se encontraría impedida para el ejercicio de la Acción Penal.

Asimismo, se ha hecho énfasis en la manera en la cuál se violan de manera flagrante los Derechos Subjetivos Públicos de los extranjeros, quiénes quedan en un estado de indefensión pues materialmente son detenidos en éstas “Áreas de Seguridad”, en espera de la presentación de la querrela respectiva para la iniciación de la Averiguación Previa por parte del Agente del Ministerio Público de la Federación, quién de manera irregular no hace pronunciamiento al respecto de la retención de los inculpados por consiguiente no define su situación jurídica, actuando a nuestro parecer de manera excesivamente prudente pues en caso de no presentarse la querrela por parte del Instituto Nacional de Migración, dejaría en libertad al indiciado teniendo que justificar su retención, constituyendo a su parecer un riesgo, empero, como es evidente la ley faculta al Representante Social para la debida retención del

³ Artículo 114 del Código Federal de Procedimientos Penales. Op. Cit.

probable responsable hasta en tanto se cubre el requisito de procedibilidad (véase punto 4.2) .

Una vez dicho lo anterior, vamos a comentar como en la práctica el Ministerio Público levanta un Acta Circunstanciada, de la Puesta a Disposición de los Agentes aprehensores, toma la declaración de los probables responsables, quiénes quedan en calidad de sujetos a investigación, solicita la querrela respectiva, ordena realizar todas y cada una de las diligencias para esclarecer las posibles violaciones a la Ley General de Población.

Por lo que cabe destacar que si bien no ordena su formal y legal retención, y tan sólo se limita denominarlos sujetos a investigación ¿por qué ordenar leerles los derechos consagrados en el artículo 20 Constitucional, Apartado A, ya que si en verdad no son inculcados en que calidad les toma su declaración sino de probables responsables?

Ahora bien, para no apartarnos del punto en cuestión, debemos nuevamente ir a la Ley General de Población la cuál en su artículo 143 refiere que para el ejercicio de la acción penal es necesaria la querrela respectiva por parte de la Secretaría de Gobernación, situación que es entendible, si partimos del supuesto que dicha Ley en parte es reglamentaria del Artículo 11 Constitucional y en esa virtud, es necesario la postura de un Órgano Técnico Desconcentrado que en éste caso lo es el Instituto Nacional de Migración, para determinar la conveniencia o no del ejercicio de la Acción Penal, empero, en ese sentido debemos también referir que tal facultad es excesiva tratándose de los delitos de tráfico de personas, pues a nuestro parecer tal bien jurídico es de orden público e interés general, motivo por el cuál el artículo 138 de la Ley en cita, a nuestro parecer debería prescindir de dicho requisito de procedibilidad, sin embargo, ése es tema para una discusión diversa.

Siguiendo con nuestro el tema señalaremos lo dispuesto por los artículo 118 y 119 del Código Federal de Procedimientos Penales que dice así:

“ARTICULO 118.- Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán, en todo

caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querrela no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querrela.

En el caso de que la denuncia o la querrela se presenten verbalmente, se harán constar en acta que levantará el funcionario que las reciba. Tanto en este caso como cuando se hagan por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio.

Cuando el denunciante o querellante hagan publicar la denuncia o la querrela, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiesen formulado dichas denuncia o querrela, y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquellos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables.

ARTICULO 119.- Cuando la denuncia o la querrela se presenten por escrito, el servidor público que conozca de la averiguación, deberá asegurarse de la identidad del denunciante o querellante, de la legitimación de este último, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querrela y en los que se apoyen ésta o la denuncia.

En todo caso, el servidor público que reciba una denuncia o querrela formuladas verbalmente o por escrito, requerirá al denunciante o querellante para que se produzcan bajo protesta de decir verdad, con el apercibimiento a que se refiere el artículo 118 y les formulará las preguntas que estime conducentes.

En relación a los artículos citados, debemos decir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a éste requisito de procedibilidad en el siguiente criterio jurisprudencial:

Registro No. 183218
Localización:
Novena Época
Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XVIII, Septiembre de 2003
Página: 225
Tesis: 1a./J. 48/2003
Jurisprudencia
Materia(s): Penal

Rubro: QUERRELLA PRESENTADA POR ESCRITO. ES NECESARIA SU RATIFICACIÓN CUANDO SE FORMULE EN REPRESENTACIÓN DE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, POR DELITOS PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.

Texto: *“Cuando la querrella se formule por escrito en los casos de delitos a que la Ley General de Población se refiere, debe ratificarse por el funcionario que la suscriba, en representación de la Secretaría de Gobernación; lo anterior es así, pues cuando se presenta verbalmente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 y 119 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con el artículo 143 de la ley señalada, el Ministerio Público debe cerciorarse de que el servidor público que la formula es representante de la Secretaría de Gobernación y que tiene facultades para presentarla en su nombre, hacer constar que se hizo de manera verbal en el acta que levante y recabar la firma o huella digital de quien la presente, por lo que en este caso resulta ociosa la ratificación. En cambio, cuando la querrella es presentada ante el Ministerio Público por escrito, éste debe cerciorarse de la legitimación del funcionario que la suscribe, recabar la firma o huella digital de quien la presente, y sobre todo, asegurarse de la identidad del querellante, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada y requerir al signante para que se conduzca bajo protesta de decir verdad, con el apercibimiento de las penas en que incurre quien declara falsamente ante las autoridades, lo cual sólo será posible llevar a cabo a través de la ratificación del escrito ante el órgano investigador, con la presencia del querellante, con lo que incluso se da certeza sobre la persona en quien habrá de fincarse la responsabilidad correspondiente, en el supuesto de que resulten falsos los hechos afirmados en el escrito de querrella”.*

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

Tesis de jurisprudencia 48/2003. Aprobada por la Primera Sala

de este Alto Tribunal, en sesión de veintisiete de agosto de dos mil tres.

Motivo por el cuál en la práctica se estila presentar la querella verbalmente debido a que si se hace por escrito debe ratificarse dentro del término de cuarenta y ocho horas que tiene el Ministerio Público para el ejercicio de la Acción Penal, situación de la cuál se prescinde si se hace verbalmente, por lo que generalmente se efectúa de ésta última manera siendo necesario únicamente presentar el nombramiento respectivo siendo la única actuación que se realiza acuciosamente debido a que al ser parte de la Administración Pública Federal la delegación de facultades es habitualmente cabal a todos los Subdelegados Regionales a lo largo de nuestro país, sin embargo, el funcionario debe estar legitimado para presentar la querella respectiva tal y como se aprecia en las siguientes tesis aisladas:

Registro No. 174624

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIV, Julio de 2006

Página: 1328

Tesis: XX.1o.141 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: QUERELLA. CUANDO SE FORMULA EN REPRESENTACIÓN DE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN POR LOS DELITOS PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, ES SUFICIENTE QUE EL REPRESENTANTE SOCIAL DÉ FE DE HABER TENIDO A LA VISTA LOS ORIGINALES CON LOS QUE SE ACREDITE LA CALIDAD E IDENTIDAD DEL FUNCIONARIO, SI ADEMÁS AGREGA COPIAS SIMPLES DE ESA DOCUMENTACIÓN.

Texto: *“Conforme con el artículo 143 de la Ley General de Población, en los delitos a que se refiere esa ley, la acción penal estará sujeta a la querella que en cada caso formule la Secretaría de Gobernación; por otra parte, el numeral 119 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que el Ministerio Público de la Federación debe cerciorarse de la legitimación de quien formula la querella en nombre de la secretaría en mención, lo que se cumple cuando la*

representación social da fe de haber tenido a la vista los documentos originales con los cuales el funcionario respectivo acreditó su calidad e identidad y además de ello, agregó copias de los referidos documentos, aun cuando aquéllas fueren simples, ya que en términos del numeral 285 del ordenamiento federal procesal antes citado, tales elementos de prueba constituyen indicios, que concatenados entre sí, justifican el requisito de procedibilidad aludido.”

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 469/2005. 1o. de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Elías Álvarez Torres. Secretario: José Luis Martínez Villarreal

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Julio de 2004

Página: 1787

Tesis: XV.3o.9 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: QUERRELLA EN DELITOS PREVISTOS POR LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. EL SUBDELEGADO LOCAL EN LA DELEGACIÓN REGIONAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA FORMULARLA.

Texto: *“De la interpretación de los artículos 31, 41 y 43, fracción XXII, del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación (publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y ocho) y 5o., fracción II, numeral 32, del Acuerdo por el que se delegan facultades para autorizar trámites migratorios y ejercer diversas atribuciones previstas en la Ley General de Población y su reglamento en favor del delegado regional del Instituto Nacional de Migración en el Estado de Baja California, así como de los subdelegados locales y otros funcionarios, en el ámbito territorial de su competencia (publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de diciembre de dos mil), se advierte que dichas disposiciones legales facultan al subdelegado local del Instituto Nacional de Migración en la entidad para formular y ratificar denuncias y querellas en los casos de delitos tipificados en la Ley General de Población y en otras normas jurídicas; ahora*

bien, de los artículos 32, fracción III y 55, fracción III, del citado reglamento, se advierte que el coordinador de administración del Instituto Nacional de Migración se encuentra facultado para proponer a su consejo directivo los nombramientos y movimientos de su personal; por tanto, el nombramiento hecho por dicho coordinador a favor del subdelegado local del Instituto Nacional de Migración en la delegación regional de Baja California debe considerarse legal y, por ende, éste cuenta con legitimación para formular querrela en los delitos previstos por la Ley General de Población”.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 396/2003. 11 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Molina Torres. Secretaria: Oralía Barba Ramírez

Como acotación, debe precisarse que lo anterior esta fundamentado en los artículos 55, 57, fracción XII y 67, fracción III, del reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación; así como los numerales 1º, subinciso 3.1.1, 7º, subinciso 7.2, fracción II, inciso a), punto 1, del Acuerdo por el que se delegan facultades para autorizar trámites migratorios y ejercer diversas atribuciones previstas en la Ley General de Población y su reglamento en favor de los Coordinadores de Regulación de Estancia, de Control de Migración y del Jurídico del Instituto Nacional de Migración, así como de los Directores, Subdirectores y Jefes de Departamento a su cargo, publicado en el Diario Oficial en quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, que otorgan plenas facultades a los Subdirectores de la Dirección Jurídica del Instituto Nacional de Migración de formular y ratificar denuncias y querellas de la Ley General de Población, ya que a la letra rezan:

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

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

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

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

"Artículo 67. Son atribuciones de la Coordinación Jurídica:

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

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

...3.1.1. Subdirectores"

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

...7.2 Subdirectores:

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

a) Facultades relativas a la estancia

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

Sin embargo, debe decirse que si bien es cierto, la anterior fundamentación es la aplicable a la mayoría de los supuestos, no menos lo es que el Agente del Ministerio Público debe cerciorarse completamente de la autenticidad del nombramiento del funcionario que se querella, y que el mismo esté facultado para presentar la misma, pues de ésta legitimación depende la prosecución de la causa penal, pues en caso contrario no se estaría colmado el requisito de procedibilidad que exige el Código Adjetivo en Materia Federal y consecuentemente adolecería de uno de los requisitos para el Ejercicio de la Acción Penal y que como se ha referido no es necesario la querella para iniciar la Averiguación Previa en los delito de la Ley General de Población, para lo cuál cobra aplicación la siguiente Tesis aislada que a nuestro parecer refleja nuestro criterio en el presente punto:

Registro No. 187929

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XV, Enero de 2002
Página: 1339
Tesis: XVI.5o.1 P
Tesis Aislada
Materia(s): Penal

Rubro: QUERELLA EN DELITOS PREVISTOS POR LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. ES UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PREVIO AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y NO AL INICIO DE LA AVERIGUACIÓN CORRESPONDIENTE.

Texto: *“De la interpretación del artículo 143 de la Ley General de Población se obtiene que el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público se condiciona a la existencia de la querella formulada por la Secretaría de Gobernación. Ahora, si en el caso se evidencia que el agente del Ministerio Público Federal inició la averiguación en contra de quien resultara responsable en la comisión del delito previsto y sancionado por el diverso numeral 138 del propio ordenamiento legal; que con posterioridad la Secretaría de Gobernación formuló querella en contra del recurrente por su probable participación en la perpetración de dicho ilícito y, finalmente, que enseguida de ello, la autoridad investigadora procedió a ejercitar acción penal en su contra, es inconcuso entonces que tal proceder en modo alguno equivale a estimar ausente la querella respectiva y, por tanto, ilegal el libramiento de la orden de aprehensión constitutiva de reclamo. Lo anterior es así, en principio, porque en el momento del inicio de la averiguación, el inconforme aún no tenía la calidad de inculpado, precisamente dada la fase de investigación en que se encontraba dicha indagatoria, pero de manera fundamental, porque es inexacto que la querella de que habla el citado artículo 143, como requisito de procedibilidad, ineludiblemente deba ser previa al inicio de la averiguación, puesto que tal circunstancia no se advierte de la lectura del citado numeral, el cual sí exige dicho requisito, en cambio, como indispensable para proceder en contra del inculpado ante el órgano jurisdiccional, esto es, en cuanto al ejercicio de la acción penal, una vez que se hubiese acreditado su probable responsabilidad.”*

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 108/2001. 30 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Lorenzo Palma Hidalgo. Secretario: Martín Mayorquín Trejo.

Finalmente, como se refirió en el primer capítulo (véase las facultades del Instituto Nacional de Migración), es imposible compilar en el presente trabajo todos y cada uno de los Acuerdos mediante los cuales se delegan las facultades cada vez más extensas a una amplia gama de funcionarios, y en ése entendido debe estarse a una minuciosa búsqueda de los mismos para verificar la legitimidad del funcionario querellante, pues ha sucedido que se han presentado querellas y al dictarse resolución no de primera sino de segunda instancia (en apelación del auto de término constitucional), se han dejado en inmediata y absoluta libertad al extranjero por no estar legitimado quien presentó la querrela y de ahí la importancia de cerciorarse de las facultades de los funcionarios.

4.5. Ejercicio de la Acción Penal y Consignación ante un Juez Federal.

Ahora bien, en lo referente a éste punto cabe destacar que el artículo 1, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 1 refiere lo siguiente:

*“El presente Código comprende los siguientes procedimientos:
I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;...”*

Motivo por el cuál una vez obtenido el requisito de procedibilidad que en éste caso lo constituye la querrela formulada por la Secretaría de Gobernación (a través del Instituto Nacional de Migración), tan sólo resta a la Representación Social elevar su Acta Circunstanciada a nivel de Averiguación Previa, para ejercitar la Acción y hacer la respectiva consignación ante un Juez Federal.

Por lo cual, una vez que ya fueron leídos los derechos consagrados a su favor por el artículo 20, Apartado A Constitucional, pese a no tener la calidad de probable responsable, con lo cuál se reitera el incorrecto actuar del Agente del Ministerio Público, debido a que no realiza en su cabalidad el inicio de la averiguación previa, así como practicar y ordenar la realización de todos los

actos conducentes para determinar la existencia o probable existencia de los ilícitos que se desprendan de los hechos denunciados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 102, Apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2o., fracciones I y II, 113 y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 8o., fracción I, inciso c), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y en su lugar tan sólo se limita a ser un mero “custodio”, inducido en parte a que para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 134 del Código Adjetivo de la Materia y Fuero, es decir, acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad referidos en el diverso numeral 168 del ordenamiento en cita, tan sólo requiere la debida presentación y ratificación de la querrela referida y no así la realización de todas las diligencias necesarias como lo pudiese ser la solicitud de información a las embajadas o cancillerías del extranjero indocumentado, así como a la Secretaría de Relaciones Exteriores o al propio Instituto Nacional de Migración (cuando proceda pues existe la posibilidad que se niegue a declarar). De igual manera no se soslaya que el delito a estudio da toda la carga de la prueba al inculpado, pues es él quién le corresponde acreditar con un documento idóneo su la nacionalidad y/o estancia legal en el país, y al no contar con éste, se configura inmediatamente el mismo, situación que facilita el actuar del Ministerio Público pues no requiere de mayor diligencia que la debida acreditación del requisito de procedibilidad, así como leerle sus derechos Constitucionales omitiendo cerciorarse si efectivamente su estancia es ilegal en el país, pasando por el alto el siguiente criterio plasmado en la ulterior tesis aislada:

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Agosto de 2003

Página: 1779

Tesis: IV.2o.P.14 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: MINISTERIO PÚBLICO. EL INICIO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS DENUNCIADOS, COMO REQUISITOS PARA

DETERMINAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE DELITOS, NO LIMITA LA FACULTAD DE PERSEGUIR E INVESTIGAR DELITOS.

Texto: *No trastoca la facultad constitucional de la institución del Ministerio Público, prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como órgano investigador y persecutor de los delitos, el que primeramente inicie la averiguación y luego de la investigación concluya si los hechos puestos a su consideración son o no constitutivos de delito, ya que tal facultad no exime a la institución de que se trata de fundar y motivar sus resoluciones, y es evidente que no se cumple con tales subgarantías inmersas en las garantías de legalidad y seguridad jurídica si antes de abrir la averiguación previa e investigar mediante la recepción y desahogo de pruebas, se decide sobre la existencia de los delitos motivo de la querrela, porque no es posible prejuzgar acerca de situaciones que finalmente incidan en el inejercicio de la acción penal, sin antes iniciar la averiguación previa, investigar los hechos denunciados y establecer si configuran o no delito.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 84/2003. 15 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Cabello González. Secretario: Raúl Fernández Castillo

Relacionado a lo anterior, se tiene como requisito para el Ministerio Público elaborar el pliego de consignación en el cuál hace una narración sucinta de los hechos limitándose a citar los artículos legales que lo facultan para consignar, así como, del delito en comento para ejercer la acción penal dentro de las cuarenta y ocho horas desde que elevó al nivel de Averiguación previa su acta Circunstanciada y ordenó la retención del inculpado o, en un extremo si se sobrepasa el término Constitucional de cuarenta y ocho horas (no estaríamos ante un delito como ya se indicó anteriormente) la única repercusión jurídica sería el carecer de validez la declaración del probable responsable, empero, de lo referido no tendría mayor relevancia pues independientemente de lo declarado por el indiciado al no acreditar su legal estancia en el país se configuraría el delito inmediatamente.

Por lo cual, una vez ejercida la acción penal por parte del Ministerio Público de Federación, toca conocer a un Juez Federal de la consignación del extranjero indocumentado y al radicar la misma califica de legal la detención debido a que en su mayoría de las veces es dentro de las cuarenta y ocho horas desde su detención por los agentes aprehensores, hasta su consignación, no haciendo mención de las irregularidades a las que fue sujeto el inculpado pues el Juzgador tendría en dado caso que justificarlas, rebasando con ello sus facultades.

Por lo cuál, una vez acaecido esto, se señala fecha y hora dentro de las cuarenta y ocho horas partir de la disposición del Juzgador para la declaración preparatoria, en la cuál le hacen saber entre otros derechos el de la libertad bajo caución al no tratarse de un delito considerado como grave por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, (libertad que puede obtener antes de la declaración preparatoria) para que en las setenta y dos horas a partir de su consignación se defina su situación jurídica con el auto de término constitucional (salvo que el probable responsable solicite la duplicidad del mismo).

4.6. Procedimiento Interrumpido por Expulsión del Inmigrante.

En este punto, es donde se pone de manifiesto lo innecesario de incoar un proceso penal por éste delito a los extranjeros pues aquéllos que tienen la posibilidad de obtener la libertad bajo caución son liberados del centro de reclusión desde la declaración preparatoria (y aún antes de ésta), no así de la detención administrativa en las estaciones migratorias, en virtud de carecer de la documentación respectiva no pueden ser puestos en total libertad, situación que se hace entendible debido a que al permitirse lo anterior no se tendría un control de los mismos pudiéndose generar verdaderos éxodos al país de extranjeros, para lo cuál no soslayamos el adecuado control de los mismos, empero, al darse la situación de la detención de carácter administrativa hace totalmente innecesario el proceso penal, ya que al llegar a las estaciones migratorias son expulsados del país casi inmediatamente sin importar el estado de la causa penal de conformidad con el artículo 128 de la Ley General de Población, pues tanto la expulsión como las medidas que se dicten en las

estaciones migratorias son de orden públicos por consiguiente no pueden detenerse ante una orden judicial como lo podría ser un arraigo de acuerdo con el diverso numeral 139, del ordenamiento invocado, y en ese tenor, una vez expulsado el extranjero del país, el Instituto Nacional de Migración se limita a informarle al Juez de la causa, y éste último solicita la ratificación de la anterior ya sea por escrito o bien, puede comisionar al actuario adscrito al Órgano Jurisdiccional para que se constituya en la estación migratoria y de fe de la ausencia del procesado, y una vez acontecido esto, el Juzgador libra la orden de reaprehensión en contra del extranjero pues dentro de las obligaciones procesales que se le impusieron para obtener la libertad bajo caución están las de comparecer cuantas veces sea requerido por el Órgano Jurisdiccional, asimismo, firmar un día a la semana el libro de control de procesados, exhibir una caución para garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones de conformidad con la naturaleza del delito (artículos 399 a 412 del Código Federal de Procedimientos Penales), obligaciones de las cuales es obvio no cumple el extranjero en virtud de ser expulsado del país, consecuentemente el juez decreta hacer efectivas las garantías que exhibió y manda la causa al archivo denominado “suspenso”.

Lo anteriormente expuesto, es una de las posibilidades en las causas instruidas por el delito contenido en el artículo 123 de la Ley General de Población, empero, debemos decir, que también existe el caso que el extranjero carezca de medios económicos para garantizar su libertad bajo caución, y permanezca interno en un centro de reclusión todo el proceso penal, el cuál no abarcaremos en su cabalidad y nos limitaremos a decir que al no contar con la documentación necesaria para acreditar su legal estancia en el país, el extranjero no tiene nada que hacer pues el delito está plenamente acreditado, motivo por el que es irrelevante el ofrecimiento de pruebas dentro de la instrucción, procedimiento en el cuál cobra relevancia pues al ser extranjero no se tiene datos fidedignos para determinar las circunstancias peculiares del extranjero, edad, educación, costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas; la pertenencia del inculcado, en su caso, a un grupo étnico indígena, a que obliga el artículo 147 del Código Federal de Procedimientos Penales y ante tal

impedimento el Juez instructor tan sólo puede acreditar los antecedentes penales, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que en su conjunto demuestren la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente que invariablemente culmina en casi todos los procesos en el grado mínimo de culpabilidad pues no se cuenta con antecedentes penales, concomitante a que la gravedad del ilícito es ínfima, y hecho de ello es que como el delito en cuestión estima una punibilidad de hasta dos años de prisión y de trescientos a cinco mil pesos, por consiguiente la punición es la mínima que es de tres días de prisión (atendiendo al artículo 25 del Código Penal Federal) y trescientos pesos, pena de la cuál por lo que se refiere a la privativa de prisión se ha cumplido en exceso y se decreta su inmediata y absoluta libertad en lo concerniente a éste delito.

De lo anterior, no debe soslayarse que el juzgador puede otorgarle valor probatorio a las declaraciones del extranjero siempre y cuando estén basadas en indicios lógicos que arriben a una verdad racional apoyada en hechos conocidos, lo cuál se torna un tanto difícil pues consideramos que las mismas no pueden estar sustentadas en indicios creíbles, empero no debemos hacer de ello una regla general y atender en su momento al caso en específico.

Finalmente, por lo que resta a éste punto, cabe apuntar lo referente a la garantía exhibida por aquéllos procesados que cuenten con los medios suficientes para exhibirla, la cuál invariablemente se hace efectiva por el juzgado al ordenar su reaprehensión y hace un verdadero oprobio pues en el supuesto de que haya sido expulsado injustificadamente y regrese al país legalmente a cumplir con las obligaciones contraídas no tendría fundamento para justificar su ausencia pese a la expulsión en contra de su voluntad por parte de las autoridades migratorias lo cuál hemos denotado a lo largo del presente trabajo.

4.7. Consecuencias de la despenalización del delito contenido en el artículo 123 de la Ley General de Población.

A nuestro parecer la primera consecuencia lo sería la división de materias, pues únicamente se tendría un procedimiento de carácter administrativo, y con ello se omitiría el proceso penal el cuál implicaría lo siguiente:

- Se evitaría las violaciones procesales en la detención del extranjero indocumentado ante el Agente del Ministerio Público de la Federación, quién omite elaborar el acuerdo de retención en tiempo, y aún cuando en la mayoría de las ocasiones consigna dentro del término constitucional de cuarenta y ocho horas se conculcan sus Derechos Subjetivos Público al quedar un breve tiempo privado de su libertad sin fundamentación y motivación alguna.
- Los extranjeros indocumentados no estarían sujetos a un proceso penal que invariablemente se vería interrumpido por la expulsión del mismo cuando alcanzare su libertad bajo caución y fuere enviado a una estación migratoria, o con la inmediata y absoluta libertad por cumplimiento en exceso de la pena privativa de libertad, en virtud de imponerle el juzgador la pena mínima de tres días, con lo cuál se soslayaría éste oprobio en su contra.
- Los procesados extranjeros prescindirían de llevar dos causas como lo es la administrativa y penal, pues se limitarían a la prosecución del primero de ellos.
- Se ahorraría el gasto al erario público en virtud de la manutención de los extranjeros en el Centro de reclusión.
- Se reducirían las causas penales en los Juzgados Federales en Materia Penal, así como las averiguaciones previas en las Agencias del Ministerio Público de la Federación.
- La garantía bajo caución de los procesados no sería un latrocinio que al ser expulsados no podría recuperar la misma.
- Se observaría la garantía de legalidad que impera en nuestro sistema jurídico respetando los Derechos Subjetivos Públicos que consagra nuestra Ley Fundamental.
- Con la supresión del tipo penal contenido en el artículo 123 de la Ley General de Población se dejaría de aplicar una pena, más no

una sanción de índole administrativa, punto del cuál reiteramos es la parte del derecho competente para la regulación en materia migratoria, con sus excepciones como lo es el tráfico de indocumentados.

Por lo anteriormente expuesto, es necesario la inmediata derogación del delito contenido en el artículo 123 de la Ley General de Población, en virtud, de conculcar Derechos Subjetivos Públicos tanto en la substanciación del proceso penal, como en el excesivo cumplimiento de la pena de prisión, aunado al hecho de existir una amplia legislación en materia Administrativa, la cuál, a nuestro parecer es la indicada para regular el flujo migratorio y no el Derecho Penal, cuyo papel se debe limitar a determinar conductas que pongan en peligro bienes jurídicos relevantes para la sociedad, conductas tales como lo son el tráfico de personas y no aquéllas en la cuál se ciñe al tránsito por el país de manera ilegal por parte de los extranjeros, hecho contemplado tanto por el reglamento de la Ley General de Población así como los diversos ordenamientos administrativos en los que figura la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; el reglamento interior de la Secretaría de Gobernación; manuales de trámites migratorios del Instituto Nacional de Migración... en los cuales se prevé su regulación, por lo cuál nos lleva a concluir lo innecesario de la existencia del tipo penal descrito en el artículo 123 de la legislación migratoria, pues tal conducta no es relevante su tutela por parte de la norma más punitiva que lo es la penal, por tanto, no soslayamos la posibilidad de que exista una reforma integral en la cuál se deroguen no sólo éste tipo penal sino varios de los cuales hemos hechos mención, empero, estamos convencidos que éste delito es el de mayor importancia por ser una conducta reiterada por la gran parte de los extranjeros en el país y en tal circunstancia es la que sobre todo afecta a los inmigrantes indocumentados, quiénes si bien es cierto, no deben estar impune en cuanto a recibir una sanción ésta debe ser de carácter administrativa pues lo que el interés nacional persigue es que abandonen el país y no permanezcan en él.

Conclusiones.

PRIMERA.- El artículo 11 Constitucional es el pilar principal de las detenciones de carácter administrativo respecto a los extranjeros en el país, así como, las limitaciones para regular el flujo migratorio de las personas en territorio nacional.

SEGUNDA.- Las restricciones al libre tránsito por parte de las autoridades administrativas a los extranjeros no pueden ser considerados como una discriminación de índole nacional, en virtud, de que el Estado Mexicano en uso de su soberanía establece una limitación a ése derecho a manera de distingo entre sus nacionales y extranjeros, instituida en el artículo primero de la Constitucional Federal.

TERCERA.- La migración incluyendo en la misma a la inmigración y emigración, es un problema complejo que requiere tratarse interdisciplinariamente tanto en los tres niveles de gobierno como en los poderes de la unión, situación que se corrobora con la amplia legislación en materia migratoria, incluyendo la facultad del congreso de la unión para legislar sobre la misma en el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CUARTA.- En nuestro sistema jurídico mexicano se ha aceptado por la mayoría de los juristas que la finalidad de la pena es tener una prevención general y especial, aunado a la readaptación social del individuo (misma que solo aplica a los delitos dolosos), sin embargo, en el delito a estudio tan sólo se observa un carácter retributivo de la misma al no concretarse ninguna de las dos finalidades inicialmente aludidas, por lo cuál no debe seguirse aplicando sanción alguna por ésta conducta.

QUINTA.- La conducta consistente en el internamiento ilegal por parte de los extranjeros a territorio nacional, no constituye una situación perjudicial

de tal magnitud que sea necesaria la aplicación de la máxima norma sancionadora que lo es el derecho penal, en virtud, de que existe otra materia en específico como el derecho administrativo encargado de controlar el flujo migratorio, aunado, a la regulación de carácter Constitucional para extranjeros en la cuál encontramos entre otras disposiciones de carácter discrecional, la expulsión de los que se consideren perniciosos.

SEXTA.- Es necesaria la derogación del delito contenido en el artículo 123 de la Ley General de Población, así como, una reforma integral en el capítulo de sanciones de la citada legislación, entre las cuales destacamos la eliminación del requisito de procedibilidad (que en caso en específico lo es la querrela) tratándose del tráfico de personas pues se actualiza una causa de interés nacional y por ende debe atenderse con la mayor prontitud posible, asimismo, se deben actualizar las multas establecidas en los delitos contenidos en la Ley General de Población, su reglamento y en las diversas disposiciones de carácter migratorio, pues han sido superadas desde hace varias décadas.

SÉPTIMA.- Estamos conscientes de que la derogación del delito en comento no eliminaría las violaciones de las que son objeto los inmigrantes ilegales en nuestro país, sin embargo, si las disminuiría considerablemente al no estar sujetos a un proceso penal ni en su caso internos en un centro de reclusión, por lo cuál, los oprobios ocasionados por éstos últimos se evitarían y consecuentemente se pondría mayor vigilancia en el respeto a los Derechos Subjetivos Públicos de los extranjeros por parte de las autoridades en el procedimiento administrativo.

OCTAVA.- Es necesario, aumentar la capacitación y vigilancia a las autoridades migratorias, pues éstas en la mayoría de las ocasiones carecen de las consideraciones necesarias para el manejo de los extranjeros que se internan ilegalmente cuyo único fin lo es transitar por el país, y son tratados como unos verdaderos delincuentes, creando un suplicio a los inmigrantes quiénes no obstante resistir los oprobios por parte de las mismas autoridades

todavía son sujetos de las irregularidades que se han hecho mención en el presente trabajo.

NOVENA.- Al suprimir el delito materia del presente estudio, se disminuiría la carga de trabajo tanto a los Órganos Jurisdiccionales como a los Agente del Ministerio Público de la Federación, sin soslayar el ahorro al erario público que ocasiona la manutención de los extranjeros en los Centros de Reclusión, no así de las estaciones migratorias, pues sin importar si se instruyese un proceso penal en contra de algún extranjero no se evitaría una prosecución de las autoridades administrativas, siendo un motivo más para que sean las citadas autoridades las encargadas del seguimiento de los extranjeros ilegales.

DÉCIMA.- Uno de los principales argumentos para la derogación de éste delito es que existe en nuestro país (como en la gran mayoría de los Estados) un procedimiento administrativo de vigilancia regulado tanto por la Ley General de Población, su reglamento, el diverso interior de la Secretaría de Gobernación, el Manual de Trámites Migratorios del Instituto Nacional de Migración, principalmente pues también está la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de aplicación supletoria; por lo que, la referida normatividad regula desde la entrada de personas con característica de refugiado hasta los permisos para desempeñar actividades en el territorio nacional, a través de Visitas de verificación; comparecencia del extranjero ante la autoridad migratoria; recepción y desahogo de denuncias y testimonios; solicitud de informes; Revisión migratoria en rutas o puntos provisionales distintos a los establecidos; por lo cual encontramos una amplia legislación para regular casi todas las actividades de los extranjeros y de las que una vez que las autoridades migratorias se percatan de la violación de alguna disposición proceden a la aplicación de una sanción que va desde la multa hasta la expulsión definitiva del país, por lo cuál estamos convencidos que aplicarle una sanción penal se estaría conculcando sus Derechos Subjetivos Públicos, así como lo innecesario de la instauración de un proceso penal en contra del extranjero, en virtud, de que al regularizar su situación migratoria de los extranjeros por ende no existiría tal ilegalidad en

la estancia de los mismos, asimismo, creemos que se debe hacer una revisión exhaustiva de la normatividad migratoria en nuestro sistema jurídico mexicano, basándose en estudios demográficos, sociales, culturales... es decir, interdisciplinarios para que la Secretaría de gobernación regule los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social, tal y como lo proclama el artículo 1 de la Ley General de Población, debido a que tal legislación no ha tenido una reforma estructural, empero, ésta debe darse a la luz de un estudio integral interdisciplinario.

DÉCIMA PRIMERA.- La migración es un problema global que afecta a todos los Estados, el cuál no se resolverá con la creación de delitos sino mediante la cooperación internacional para instaurar las condiciones necesarias para el desarrollo en los países más desprotegidos como lo es la instauración de nuevos empleos, la tolerancia de diversos grupos étnicos en un mismos Estado, la ayuda humanitaria a países sumergidos en conflictos políticos, sociales..., y en esa medida podrá disminuirse el éxodo de las personas hacia otros Estados en busca de mejores situaciones de vida.

Propuesta

De la anterior problemática que observamos, podemos deducir que la solución inmediata a las violaciones de los extranjeros que se internan en territorio nacional es la derogación del artículo 123 de la Ley General de Población, en virtud, de que las finalidades de las penas contempladas en nuestro sistema jurídico no advierten aquéllas para el delito en comento, pues en primer término tendríamos que se buscaría la readaptación del delincuente, situación visiblemente poco probable, debido a que tendríamos que atender que la reacción social hacia un inmigrante que se introduce ilegalmente al país sería la de su expulsión del mismo, en virtud entre otras cosas a que podría ocupar una fuente de trabajo para nuestros connacionales, introducirse en asuntos políticos, religiosos... y demás temas concernientes únicamente a los mexicanos, asimismo, la readaptación social debería reinsertar a un individuo que debido a su conducta se ha catalogado como una persona antisocial, situación que se corrige con los tratamientos necesarios para el reingreso a la sociedad, hipótesis que como se ha comentado no parece viable pues trataría de integrar a un sujeto que debido a su circunstancia migratoria carece de legitimidad para poder ser incorporado a nuestra sociedad, de igual manera, si ése fuese el supuesto le correspondería a las autoridades migratorias definir esa situación pues a través del Instituto Nacional de Migración el cuál utilizando toda su infraestructura y estudios acerca del flujo migratorio, basándose indudablemente en la Ley General de Población y su Reglamento podría determinar cuando un extranjero podría otorgarse una cierta calidad y característica migratoria.

Siguiendo con las finalidades de la pena, y una vez vislumbrado que la readaptación social ha quedado soslayada de nuestro tema, abordaremos el tema de la prevención general y especial, pues se ha comentado que la primera se basa en la coacción psicológica al individuo, es decir, el temor a la brutalidad de las penas y en la misma medida el sujeto se deberá de abstener de cometer algún delito, asimismo, la segunda se basa en que una vez que la prevención general ha fallado se debe imponer una pena para evitar que reincida, fines de los cuales en nuestro delito en comento no se actualizan en

virtud, de que se ha demostrado a través de la historia de nuestro país, que el incremento en las penas no amedrenta a las personas a cometer delitos, y en nuestro delito en cuestión sin importar las penas a las cuáles se impongan para la ilegal introducción de los extranjeros en nuestro país los inmigrantes seguirán viniendo a nuestro país para transitar en él y tratar de llegar a los Estados Unidos de Norteamérica, lo anterior sin importar las veces que sean detenidos y expulsados del territorio nacional seguirán intentándolo, motivo por el cuál la prevención general no puede tener un fin por lo que respecta a éste delito, ahora bien, en cuanto a la prevención especial de ningún modo nosotros logramos concebir que existiese la misma, debido a que el proceso penal termina ya sea por la interrupción del proceso penal por la expulsión del extranjero o por su excesivo cumplimiento atendiendo a que el mínimo es de tres días de prisión por ello lo innecesario de su existencia en materia penal.

En ese orden de ideas, estamos convencidos de que la única manera de lograr una disminución en las violaciones tanto a sus Derechos Subjetivos Públicos, cómo al éxodo de inmigrantes es dejar en primer lugar en manos de la autoridad administrativa lo relativo a la regulación del flujo migratorio y en segundo lugar, se debe llevar a cabo una reestructuración en materia de Derechos Humanos en todas las instituciones migratorias como lo es el Instituto Nacional de Migración aunado a la Secretaría de Gobernación debido a que el marco jurídico para su funcionamiento cumple con las formalidades de cualquier estructura jurídica, empero, de facto no se aplica con legalidad debido a diversas irregularidades, como lo son: las precarias condiciones de las estaciones migratorias, la falta de una vigilancia constante y eficaz a los Servidores Públicos de todo el Instituto Nacional de Migración, la actualización de multas pecuniarias debido a que todavía están en pesos, en las multas no toman el marco por excelencia que lo es el salario mínimo general vigente, dejando la sanción pecuniaria en algo obsoleta, asimismo, un sin fin de irregularidades, mismas que reiteramos no son suficientes para expedir un nuevo marco jurídico sino una revisión exhaustiva pues como ejemplo de lo dicho tenemos el procedimiento de vigilancia el cuál se encuentra apegado a los términos y formalidades esenciales de cualquier procedimiento, no así la Ley General de Población que describe tipos penales innecesarios a nuestro

actualidad pues viola garantías como la exacta aplicación de la ley al hablar de términos tan subjetivos como quién realice actividades deshonestas comete el delito contemplado en el artículo 121 de la citada Ley, situación que ya no existen en materia penal sino únicamente en civil y como es de notorio conocimiento la interpretación es totalmente distinta en las citadas materias.

Asimismo, no debemos soslayar que la derogación del artículo 123 de la Ley General de Población, no elimina de facto todas las violaciones a las cuales se encuentran los extranjeros ilegales en nuestro país, empero, debe decirse que sí las disminuye en virtud, de que al ser la conducta por parte de los extranjeros que más se actualiza como delito y al no seguir estar catalogada como el mismo, se omite el proceso penal y con ellos los oprobios de los inmigrantes, quienes no solamente, sufren las irregularidades en los puntos de Detención, Agente del Ministerio Público y en el Centro de Reclusión, cuando no cuentan con recursos para su libertad bajo caución, sino también lo son en las estaciones migratorias, a las cuales son invariablemente trasladados al término o interrupción del proceso penal que se les instruye.

Finalmente, un punto total en la derogación del delito en comento lo es la disminución de extorsión de los Agentes aprehensores, quienes innegablemente deben coadyuvar a las autoridades migratorias en la localización y detención de los mismo, pero no así, de la manera en la cuál se desempeñan, debido a que los amenazan, ultrajan y ponen a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación, bajo la intimidación no solo de la expulsión sino de incoarles un proceso penal, situación que no acontece cuando son detenidos únicamente por autoridades administrativa, pues en la mayoría de las veces se logra su salida de manera voluntaria con el oficio respectivo, con lo cuál queda confirmado lo improductivo de la continuación de ésta conducta como delito.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACERO, Julio, “El Procedimiento Penal”, cuarta edición, Editorial José M. Cajica Jr. S.A., Puebla, Puebla, México, 1956.
2. ACOSTA ROMERO, Miguel, “Delitos Especiales”, séptima edición, Porrúa, México, 2005.
3. ACOSTA ROMERO, Miguel y López Betancourt Eduardo, “Delitos Especiales”, séptima edición, Porrúa, México, 2005.
4. ARELLANO GARCÍA, Carlos, “Teoría General del Proceso”, cuarta edición, Porrúa, México, 2002.
5. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, “Derecho Procesal Penal” segunda edición, Editorial Mcgraw-hill, México, 2004.
6. BECCARIA, César Bonesana, Marqués de, “De los Delitos y de la Penas”, Editorial Aguilar, Madrid, 1969.
7. BUSTAMANTE, Jorge Agustín. “Migración internacional y derechos humanos”, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
8. CASTELLANOS TENA, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”, tercera edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 2004.
9. CASTRO, Juventivo V, “Lecciones de Garantías y Amparo”, décimo tercera edición, Porrúa, México, 2004.
10. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, Porrúa. México 2004.

11. DÍAZ ARANDA, Enrique, “Dolo”, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2004.
12. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Derecho Penal”, Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1990,
13. GÓMEZ LARA, Cipriano, “Teoría General del Proceso”, Editorial, Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1974.
14. GONZALEZ MARTÍN, Nuria. “Derecho de los inmigrantes.” Instituto Politécnico Nacional, Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
15. GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, Raúl, “La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal”, segunda edición, Editorial Oxford, México, 2001.
16. HERNÁNDEZ ACERO, José, “Apuntes de Derecho Procesal Penal”, Porrúa, México, 2004.
17. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomos I-VII, tercera edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1985.
18. MENDOZA BREMAUNT, Emma, “Derecho Penitenciario”, Mcgraw Hill, México, 1999.
19. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Teoría General del Delito”, Segunda edición, editorial Tirant lo Blanch, 1991.
20. MUÑOZ CONDE, Francisco y García Aran Mercedes, “Derecho Penal Parte General”, Tercera edición, editorial Tirant lo Blanch, 1991.

21. ORTIZ AHLF, Loretta, “De los Migrantes: Los Derechos Humanos de los Refugiados”, Porrúa, México, 2004.
22. OSORIO y NIETO, César Augusto, “Delitos Federales”, séptima edición, Porrúa, México, 2005.
23. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “Penología”, tercera edición, Porrúa, México, 2003.
24. RIVERA SILVA, Manuel, “El Procedimiento Penal”, vigésimo cuarta edición, Porrúa, México, 2004.
25. SILVA, Carreño Jorge Armando. “Derecho Migratorio Mexicano.” Editorial Porrúa, México, 2004.
26. SILVA SILVA, Jorge Alberto, “Derecho Procesal Penal”, segunda edición Oxford, México, 2004.
27. TAMES PEÑA, Beatriz, “Migración Marco Jurídico y funcionamiento de las estaciones migratorias en México, investigación Beatriz Tamez Peña, María Alma Pacheco Peña”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1997.
28. WITKER, Jorge. “Derecho de los extranjeros.” Instituto Politécnico Nacional, Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión y Universidad Nacional Autónoma de México. s/año, s/impresión.
29. ZAMORA PIERCE, Jesús, “Garantías y Proceso Penal”, quinta edición, Porrúa, México, 1991.

LEGISLACIÓN

- 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Porrúa, México. 2007.**
- 2. Ley General de Población. Editorial ISEF. México. 2007.**
- 3. Código Penal Federal. Porrúa. México. 2007.**
- 4. Código de Federal de Procedimientos Penales. Legislación Penal. Editorial Isef. 2007.**
- 5. Código Penal para el Distrito Federal. Agenda Penal Para el D.F. Editorial Isef. 2007.**
- 6. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Agenda Penal Para el D.F. Editorial Isef. 2007.**
- 7. Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones. Porrúa. 2007.**
- 8. Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Editorial ISEF, México. 2007.**
- 9. Ley de la Nacionalidad. Agenda para el extranjero. Editorial Isef. México 2007.**
- 10. Convención sobre Nacionalidad. Agenda para el extranjero. Editorial Isef. México 2007.**
- 11. Reglamento de la Ley General de Población. Agenda para el extranjero. Editorial Isef. México 2007.**
- 12. Reglamento interior de la Secretaría de Gobernación. Porrúa. México. 2007**

OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “Foro José Francisco Ruiz Massieu Memoria VII Foro José Francisco Ruiz Massieu, Los Retos de México Frente al Fenómeno de los Migrantes y Derechos Humanos”, Comisión Nacional de Derechos Humanos. Chilpancingo Guerrero, 1997.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Las Garantías Individuales Parte General”, Segunda reimpresión, México, Agosto 2004.

www.scjn.gob.mx