

879309 53
25

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



CLAVE: 879309

EL DELITO DE TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS EXTRANJERAS AL TERRITORIO NACIONAL Y EL CONTEXTO JURIDICO MEXICANO ACTUAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

Licenciado en Derecho

PRESENTA:

José Luis Vargas Ramírez

Asesor: LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

Celaya, Gto.

272927 Noviembre de 1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

I N D I C E

PAGINA

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

TEORIA DEL DELITO.

1.1	CONCEPTO DE DELITO.	2
1.1.1	NOCION FILOSOFICA.	2
1.1.2	EL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA.	3
1.1.3	EL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA.	4
1.1.4	NOCION JURIDICO FORMAL DEL DELITO.	6
1.1.5	NOCION JURIDICA SUBSTANCIAL DEL DELITO.	7
1.1.5	EL DELITO COMO LESION DE BIENES JURIDICOS.	9
1.1.7	CONCEPTO LEGAL DEL DELITO.	10
1.2	SUJETOS DEL DELITO.	12
1.2.1	SUJETO ACTIVO.	12
1.2.2	SUJETO PASIVO.	12
1.3	OBJETOS DEL DELITO.	13
1.3.1	OBJETO MATERIAL.	13
1.3.2	EL OBJETO JURIDICO.	14
1.4	ELEMENTOS DEL DELITO.	14
1.4.1	LA CONDUCTA.	17
1.4.2	TIPICIDAD.	19

1.4.3 ANTIJURIDICIDAD.	20
1.4.4 IMPUTABILIDAD.	26
1.4.5 CULPABILIDAD.	29
1.4.6 PUNIBILIDAD.	32
1.5 LAS FORMAS DEL DELITO.	34
1.5.1 CONCEPTO DE PARTICIPACION.	34
1.5.2 GRADOS DE PARTICIPACION.	35

CAPITULO II.

LA LEY PENAL Y SUS AMBITOS DE APLICACION.

2.1 LA LEY PENAL.	38
2.2 FUENTES DEL DERECHO PENAL.	39
2.3 INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.	41
2.4 AMBITOS DE VALIDEZ.	43
2.4.1 AMBITO MATERIAL.	44
2.4.2 AMBITO TEMPORAL.	45
2.4.3 AMBITO ESPACIAL.	45
2.4.4 AMBITO PERSONAL.	47

CAPITULO III.

GENERALIDADES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

3.1 CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL.	51
3.2 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.	59
3.2.1 LOS TRATADOS Y LAS CONVENCIONES.	60
3.2.2 LA COSTUMBRE.	61

3.2.3 LA JURISPRUDENCIA.	62
3.2.4 LA DOCTRINA.	63
3.2.5 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.	64
3.3 CONCEPTO DE NACIONALIDAD.	64
3.4 LEY DE NACIONALIDAD.	69
3.4.1 ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD MEXICANA.	71
3.4.2 PERDIDA DE LA NACIONALIDAD MEXICANA.	79

CAPITULO IV.

CONDICION JURIDICA DEL EXTRANJERO.

4.1 INTERNACION Y ESTANCIA DEL EXTRANJERO EN LA REPUBLICA MEXICANA.	84
4.2 CALIDAD MIGRATORIA DE NO INMIGRANTE.	90
4.3 CALIDAD MIGRATORIA DE INMIGRANTE.	93

CAPITULO V.

EL TRAFICO ILEGAL DE EXTRANJEROS EN MEXICO.

5.1 NATURALEZA JURIDICA DEL TRAFICO DE INDOCUMENTADOS.	100
5.2 ASPECTOS PROCESALES.	109
5.3 PROBLEMATICA ACTUAL DEL TRAFICO DE INDOCUMENTADOS EN MEXICO.	115
5.3.1 EVOLUCION DEL REGIMEN JURIDICO DE LOS EXTRANJEROS EN MEXICO.	115
5.3.2 CUESTIONAMIENTOS A LA INCONSTITUCIONALIDAD	

DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN MATERIA DE

POLITICA MIGRATORIA.	117
5.3.3 PROBLEMAS SOCIALES.	119
5.3.4 PROBLEMAS ECONOMICOS.	121
5.3.5 PROBLEMAS POLITICOS.	122
5.3.6 PROBLEMAS ADMINISTRATIVOS.	122
5.3.7 PROBLEMATICA SOBRE LA DETERMINACION DEL BIEN JURIDICO TUTELADO.	123
5.4 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.	125
CONCLUSIONES.	130
BIBLIOGRAFIA.	136

I N T R O D U C C I O N

INTRODUCCION

"Erit autem lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patrie consuetudinem loco temporisque conveniens, necessaria, utilis"; lo que se traduce como: "la ley debe ser honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza y a las costumbres patrias, conveniente al lugar y tiempo, necesaria, útil..."

Estas ideas tan profundas y llenas de verdad, se le atribuye a San Isidoro de Sevilla, teólogo y filósofo, Doctor de la Iglesia española de la Edad Media, y que sin embargo, al paso de los siglos, hoy continúan siendo vigentes.

En especial, la Ley de Nacionalidad, fue recientemente reformada, tratando de situar a nuestro país en el actual mundo globalizado, donde el marco jurídico internacional lleva a México a transformar el propio. Sin embargo, a veces el derecho pronto se ve rebasado por la inercia de los pueblos.

El tránsito de personas, nacionales y extranjeras, a través de nuestro país, en búsqueda de mejores oportunidades, seguridad social, mejor calidad de vida, etc., produce que, ante las exigencias legales y administrativas, se convierta en tráfico ilícito, rentable y lucrativo, lo que motiva que el

marco normativo rápidamente se convierta en obsoleto y arcaico.

Ya desde la prestación de mi Servicio Profesional Universitario tuve la oportunidad de inmiscuirme en temas migratorios, al realizar en la Delegación de la Dirección General de Servicios Migratorios de San Miguel de Allende, Gto., hoy Delegación Local del Instituto Nacional de Migración, y que llamaron profundamente mi atención, en virtud de que, efectivamente, me percaté de una serie de problemas, irregularidades y situaciones especiales que motivaron el presente trabajo.

En esta forma, se estudiará en extenso la problemática que surge entorno a la situación de los extranjeros indocumentados en nuestro país; se apuntarán aspectos básicos de Derecho Penal y de Derecho Internacional, para finalmente poder hacer un análisis del delito de tráfico ilegal de personas extranjeras en territorio nacional, previsto en la Ley General de Población, y así establecer los diferentes supuestos que pueden presentarse ante la comisión de este ilícito, sus efectos, alcances jurídicos, aspectos prácticos y sobre todo, la trascendencia de la normatividad de esta materia en nuestra sociedad.

C A P I T U L O I

TEORIA DEL DELITO

I. TEORIA DEL DELITO.

1.1 CONCEPTO DE DELITO.

La palabra DELITO deriva del verbo latino DELINQUERE, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.¹

Partiendo de este concepto etimológico, a continuación se analizarán, las diferentes nociones que estudian lo concerniente al delito y cómo en cada una de ellas lo establecen y conceptualizan.

1.1.1 NOCION FILOSOFICA.

Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para deteminar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada

1. CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A., México, 1986, p. 125.

siglo, aquélla ha de seguir forzosamente los cambios de éstos, y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como ilícito y viceversa. Es pues, inútil buscar una noción del delito en sí.²

1.1.2 EL DELITO EN LA ESCUELA CLÁSICA.

Los autores que pertenecieron a esta Escuela, elaboraron varias definiciones del delito, sin embargo, una de las más notables es la del principal exponente de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, quien lo define como "la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, totalmente imputable y políticamente dañoso".

Así el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho.

Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de

2. CUELLO Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, Edit. Nacional, México, 1973, p. 254.

la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos. Juzgó preciso anotar en su definición, como la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la Ley Penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y, también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima al acto o a la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.³

1.1.3 EL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA.

La Escuela Positiva, ante la esterilidad de los es-

3. CASTELLANOS Tena, Fernando. Ob. Cit., p. 126.

fuerzos desplegados para definir el delito, ha seguido otro camino formulando el concepto del delito natural. Garofalo, partiendo de la indagación de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas, afirma que el delito está constituido por la violación, mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida en que éstos son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Según este concepto, habría una delincuencia natural constituida por los ataques a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, y una delincuencia artificial que comprendería los demás delitos que no ofenden estos sentimientos, los delitos contra el sentimiento religioso, contra el honor, etc.

Ferri, Colajanni, Tarde y otros criminalistas, han formulado definiciones análogas a la de Garofalo, que atribuyen al delito como carácter principal su oposición a las condiciones fundamentales de la vida social, y su pugna con la moralidad media. Pero estos autores que frente a los delitos naturales colocan la criminalidad artificial, no hacen más que reproducir la antigua distinción entre los delitos malos en sí, intrinsecamente inmorales (*delicta mala in se*), y los delitos desprovistos de inmoralidad intrínseca, que son tales delitos solamente por estar prohibidos por la ley positiva

(delicta mala quia prohibita).⁴

En resumen, esta Escuela conceptualiza al delito como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y piedad en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la actividad.

1.1.4 NOCIÓN JURIDICO FORMAL DEL DELITO.

Una noción verdadera del delito la suministra la ley mediante la amenaza de la pena. Lo que realmente caracteriza al delito es la sanción penal. La ley que lo sanciona no hay delito, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituirá delito. De aquí que en su aspecto formal puede éste definirse como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena. Este criterio ha sido aceptado por ilustres criminalistas que, aun discordando en puntos secundarios, consideran como carácter predominante del delito la prohibición del hecho que lo constituye mediante la amenaza penal.

4. CUELLO Calón, Eugenio. Ob. Cit., p. 254-255.

De esta forma, para Edmundo Mezger, el delito es una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena.

Exteriormente el delito es el acto humano, según esta corriente, sancionado por la ley; resulta una noción insuficiente porque no atiende a las condiciones intrínsecas del acto mismo sino sólo a las formales.

Formalmente todos los delitos son artificiales por cuanto sólo existen por virtud de la ley que tipifica las acciones punibles.

Esta concepción prescinde incluir en la definición los elementos que constituyan la esencia misma del acto delictivo; es el delito entonces, toda conducta, moral o inmoral, dañosa o inocua, siempre y cuando esté dispuesta en la ley y amenazada con la aplicación de una pena.

1.1.5 NOCIÓN JURÍDICA SUBSTANCIAL DEL DELITO.

Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido, no enseña cuáles sean sus caracteres o aspectos

distintivos.

Estos aspectos son:

- El delito es un acto HUMANO, es una ACCION (acción u omisión). Así que cualquier mal o daño, por graves que sean sus consecuencias individuales o colectivas, no podrá ser reputado como delito si no tiene su origen en una actividad humana; los hechos de los animales, los acontecimientos fortuitos ajenos al obrar humano no pueden constituir delito.

- Dicho acto humano ha de ser ANTIJURIDICO, ha de estar en oposición con una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídico protegido. Pero no basta la mera contraposición a la norma jurídica, no toda acción antijurídica constituye delito, es preciso que corresponda a un tipo legal (figura del delito), definido y conminado por la ley con una pena, ha de ser un acto TIPICO. Así pues, el acto debe ser no sólo antijurídico, sino de una antijuridicidad tipificada.

- El acto ha de ser CULPABLE, imputable a dolo (intención) o a culpa (negligencia) y una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una determinada persona.

- La ejecución o la omisión del acto debe estar SANCIONADA CON UNA PENA, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito.

Si concurren estos aspectos esenciales, hay delito. De la reunión de estos elementos resulta la noción substancial del delito: ACCION ANTIJURIDICA, TIPICA, CULPABLE Y SANCIONADA CON UNA PENA.⁵

1.1.6 EL DELITO COMO LESION DE BIENES JURIDICOS.

El delito en su esencia es una lesión de bienes o intereses jurídicos o un peligro para ellos. Se entiende por bien jurídico todo aquello, de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas. El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso ya tienda éste a destruirlo o menoscabarlo, o simplemente a ponerlo en peligro. Este concepto del delito explica claramente su contenido material (lesión o peligro), señala la finalidad del ordenamiento punitivo (protección de bienes jurídicos) y es base de la sistematización de los delitos en la parte especial del Derecho Penal.

5. CUELLO Calón, Eugenio. Ob. Cit., p. 257.

1.1.7 CONCEPTO LEGAL DEL DELITO.

Como es de observarse, son muy variadas las diversas definiciones que existen acerca del delito, por lo que en este punto, se concretará a analizar la definición que maneja nuestra legislación actual en materia penal, no sin antes mencionar que sólo el Proyecto de 1929 ha optado por no definir lo que debe entenderse por delito.

El Código Penal de 1871, nutrido en el español de 1870, lo definía como la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda (Art. 1º): concepto sustancialmente idéntico al de acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley (Art. 1º del Código Penal Español de 1870), aunque más imperfecto que él, pues el delito no viola la ley penal, sino, antes al contrario, hace posible su aplicación.

En cuanto al Código Penal de 1929, lo definió como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal y fijó como tipos legales de los delitos los catalogados en el mismo código (Art. 11): definición incompleta por cuanto no circunscribe el delito dentro del radio de las acciones humanas y porque mira exclusivamente a sus efectos, así como porque no comprende a los delitos de peligro y porque hay

delitos que no atacan derechos sino los bienes que éstos protegen.

El Código Penal de 1971, volviendo al de 1871 y tomando ejemplo del argentino, define al delito en su primer párrafo del artículo 71, como ACTO U OMISION QUE SANCIONAN LAS LEYES PENALES. Así los caracteres constitutivos del delito, según esta concepción, son: tratarse de un acto o una omisión, en una palabra, de una acción, de una conducta humana; y estar sancionados por las leyes penales. Al decirse acción (acto u omisión) debe entenderse la voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio de peligro de cambio en el mundo exterior. Por el decirse que esa acción ha de estar sancionada por la ley se mantiene el principio de que la ignorancia de ésta a nadie aprovecha así como se deduce que la misma ley se obliga a enumerar descriptivamente los tipos de los delitos, los que, para los efectos penales, pasan a ser los únicos tipos de acciones punibles.

Finalmente, se puede agregar, la definición que establece el Código Penal para el Estado de Guanajuato, cuyo artículo 11 establece que DELITO es la conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.

1.2 SUJETOS DEL DELITO.

1.2.1 SUJETO ACTIVO.

Es la persona física que comete delito, se le llama también delincuente, autor o criminal. El sujeto activo en el sistema penal mexicano siempre será una persona física, independientemente del sexo, nacionalidad y otras características. Cada tipo penal señala las características o calidades especiales que se requieren para ser sujeto activo; por ejemplo, sólo la mujer podrá ser sujeto activo de un aborto procurado.

Nunca una persona moral o ente jurídico colectivo. El sujeto activo de un delito de lesiones, aparentemente, es una institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá una persona física la que ideó, actuó y en todo caso, ejecutó el delito.⁶

1.2.2 SUJETO PASIVO.

Es la persona física o moral sobre quien recae el daño o el peligro causado por la conducta del delincuente. Por lo general, se le denomina también víctima u ofendido.

6. AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda. Derecho Penal, Edit. Harla, México, 1993, p. 35-36.

En principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo: sin embargo, dada las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo penal señala quién puede serlo y en qué circunstancias, como sucede en el delito de estupro.

De igual manera, puede diferenciarse entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito: el primero, es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado. Mientras el segundo, es el titular, precisamente, del bien jurídico tutelado que resulta afectado, por ejemplo si un empleado de un negocio es robado, el sujeto pasivo de la conducta es el empleado, pero el sujeto pasivo del delito será el dueño del negocio cuyo patrimonio ha sido menoscabado.

1.3 OBJETOS DEL DELITO.

1.3.1 OBJETO MATERIAL.

Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido. Cuando se trata de una persona, ésta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto mate-

rial del delito.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada: puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etc.

1.3.2 EL OBJETO JURIDICO.

Es el interés jurídicamente tutelado por la ley. El Derecho Penal, en cada tipo tutela determinado bien que considera digno de ser protegido; al derecho le interesa salvaguardar la libertad, la propiedad, la vida, la seguridad de las personas, etc., bienes que por su trascendencia en la vida social del hombre conviene proteger jurídicamente.

1.4 ELEMENTOS DEL DELITO.

Según el sistema de Jiménez de Asúa y de Guillermo Sauer⁷ que constituye la CORRIENTE CLASICA, los elementos del delito son, de acuerdo con el método aristotélico de sic et non, contraponen lo que el delito es a lo que no es:

7. JIMENEZ de Asúa, cit. por CASTELLANOS Tena, Fernando. Ob. Cit., p. 133-134.

ASPECTOS POSITIVOSASPECTOS NEGATIVOS

a) Actividad.	Falta de acción.
b) Tipicidad.	Ausencia de tipo.
c) Antijuricidad.	Causas de justificación.
d) Imputabilidad.	Causas de inimputabilidad.
e) Culpabilidad.	Causas de inocuidad.
f) Condicionalidad objetiva.	Falta de condición objetiva.
g) Punibilidad	Excusas absolutorias.

En otro orden de ideas, la noción clásica de la estructuración de los elementos del delito ha sufrido modificaciones. Doctrinalmente se le conoce como la TEORIA DEL FINA-
LISMO DEL DELITO. En el primer cuarto de la década de los treinta, comenzó a estudiarse en la obra del Tratadista Alemán Hans Welzel⁸ que posteriormente completará el Maestro Zaffaroni.

Welzel, en concreto, establece que la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin. Este es la llamada TEORIA FINALISTA DE LA ACCION, por oposición a la TEORIA CAUSALISTA. Particularmente considera como elementos del delito:

8. WELZEL, Hans, cit. por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Cárdenas Editores. México. 1988, p. 349.

La CONDUCTA, entendida como hacer voluntario (final).

La TIPICIDAD, como prohibición de conducta en forma dolosa o culposa.

La ANTIIVILICIDAD, entendida como contrario a la conducta prohibida con el orden jurídico.

La CULPABILIDAD, entendida como reprochabilidad.

Eugenio Raúl Zaffaroni, al respecto establece que el delito es la conducta de un hombre, aquellas conductas prohibidas a las que se les asocia un pena como consecuencia. Que técnicamente se llaman tipos a los elementos de la ley penal que sirven para individualizar la conducta que se prohíbe con relevancia penal. Así cuando una conducta se adecúa a alguno de los tipos legales, se trata de una conducta típica, o lo que es lo mismo, que la conducta presenta la característica de la tipicidad. De este modo considera que se obtienen dos caracteres del delito: genérico uno (la conducta) y específico otro (la tipicidad), es decir, que la conducta típica es una especie de género conducta. Establece además que no toda conducta típica es ilícita; cuando la conducta típica no está permitida, sostiene que también se da contraria al orden jurídico funcionando como unidad armónica, porque de ninguno

de sus preceptos surge un permiso para realizarla. A esta característica de contrariedad al orden iurídico funcionando como conjunto armónico, la llamó antijuridicidad; y establece entonces, que la conducta es, además de típica, antijurídica.

Establece también que la conducta típica y antijurídica, constituye un INJUSTO PENAL. Reconociendo que el injusto penal no es aún delito, sino que, para serlo, ha menester serle reprochable al autor en razón de que tuvo la posibilidad exigible de actuar de otra forma; a esta característica de reprochabilidad del iniusto al autor es lo que denomina culpabilidad y que constituye otro carácter específico del delito; como conclusión el concepto de delito lo define como conducta típica, antijurídica y culpable.

No obstante lo anterior, a continuación se desarrollarán cada uno de los elementos del delito según la Corriente Clásica.

1.4.1 LA CONDUCTA.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

Así pues, consiste en el peculiar comportamiento del hombre que se exterioriza en una actividad o inactividad, un hacer o no hacer que son plenamente voluntarios.

El elemento esencial de la conducta es la voluntad: sin ella existirá la falta en la que no hay voluntad, ya que es la única que tiene relevancia para el derecho penal, dado que el hacer o no hacer son producto del sujeto en un orden psicológico y como consecuencia traerá aparejado un resultado.

La acción es un actuar positivo, una actividad que lógicamente es voluntaria en tanto que en la omisión el sujeto se abstiene de actuar, lo que es negativo, lo que consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.

La ausencia de conducta se presenta cuando la acción u omisión se realizaron involuntariamente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos y que se presenta en los siguientes casos:

a) Vis Mayor: es la que proviene de la naturaleza, de

una energía no humana y que está fuera de nuestra voluntad.

b) *Vis Absoluta*: es la fuerza física que actúa sobre un individuo que lo errora involuntariamente a realizar algo.

c) *Extrínsecos*: los casos cuando falta la voluntad como determinante. como lo sería por sueño, hipnotismo o lunambulismo.

1.4.2 TIPICIDAD.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley: la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

Elemento esencial del delito cuya ausencia impide su configuración, la palabra tipicidad deriva de tipo, y se insiste, en que consiste en la descripción legal de un delito.

Existe por lo tanto, implícito en el tipo un deber, que es aquél que se viola cuando la conducta se realiza. Sea así que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta a una conducta descrita, luego entonces no habrá delito sin tipo.

Se puede decir que las creaciones legislativas que no describan con precisión la conducta que se está reprimiendo, son normas violatorias de garantías individuales, por lo tanto, infringen la Constitución Federal.

Debe nombrarse que existe también el concepto negativo de la tipicidad y que consiste en:

- 1) Ausencia de tipo: no existe la figura penal.
- 2) La falta de adecuación típica: existe un tipo penal pero la conducta examinada no encuadra esencialmente en el tipo.

1.4.3 ANTIJURIDICIDAD:

La antijuridicidad se traduce en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Es un elemento esencial del delito y es transcendental para el desarrollo de las justificantes que contempla nuestra ley.

Así que cuando falta, se puede decir que no hay delito, que el hecho se justifica; esto es, que hay una causa de

justificación.

La antijuridicidad implica lo contrario al Derecho y comprende la conducta sólo en su fase externa debido a que es un elemento objetivo, pues atiende únicamente al acto; pero no hasta que la realización de una conducta sea típica, requiere por tanto, que vaya en contra de las disposiciones normativas.

Este elemento le da al acto una valoración relevante, pues cuando se comete un delito, por ejemplo, el juzgador con base a lo anterior resolverá, determinando si existió alguna justificante que haga que la pena sea menor, a razón de la estimativa de dicho acto. Entonces se puede decir que el deber está implícito en el tipo, por lo tanto, la antijuridicidad es el contraste objetivo entre la conducta y el deber.

La antijuridicidad es pues la contradicción de la conducta con el orden jurídico. La conducta penalmente típica es antinormativa, pero no es antijurídica aún, porque puede estar amparada por un precepto permisivo (causa de justificación), que puede provenir de cualquier parte del orden jurídico. Cuando la conducta típica no está amparada por ninguna causa de justificación, ya no sólo es antinormativa, sino también antijurídica. La antijuridicidad no está dada por el Derecho Penal solamente, sino por todo el orden jurídico.

La antijuridicidad es aquello que es contrario al Derecho, se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta a los intereses protegidos por la ley, éstas van unidas de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa. La antijuridicidad material consiste en un conjunto de normas de necesidad moral cuyo quebrantamiento daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad y bien común que necesitamos para la convivencia, y por tanto, el respeto mutuo entre los individuos, para no entorpecer, estorbar o perjudicar las actividades y movimientos de los demás, ya que todos nos hallamos ligados a un acervo equitativo de obligaciones y derechos de los cuales podemos disfrutar. La violación de esas obligaciones o el ataque a esos derechos, el atentado contra esas normas jurídicas, es lo que tiene el carácter de antijuridicidad material, porque viola intereses vitales de la organización social, ya que estos intereses están protegidos por la organización jurídica y se constituye en un bien jurídico.

El contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos (la propiedad o la libertad).

Ahora bien, la antijuridicidad formal viene a ser la infracción a las leyes, es decir, la violación del precepto positivo derivado de los órganos del estado.

La antiuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración, es decir, que no van a importar los rasgos subjetivos de quien cometa el acto, ya sea un infante, un hombre maduro y normal, o un enajenado, ya que por ejemplo se puede dar un homicidio por cualquiera de los sujetos mencionados y esto es antijurídico; pero se debe tomar en cuenta que cuando el acto ha sido cometido por error sustancial, por ignorancia o sin capacidad mental, no serán delictuosos por falta de elemento subjetivo de culpabilidad; pero si plenamente será antijurídico por violar las normas objetivas de valoración.

Dentro de este mismo capítulo, se hará mención de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, para conocer la pretensión del sujeto activo, ya que estos constituyen excepcionalmente la antijuridicidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico. Por ejemplo, se tiene que las injurias no tendrían el valor de un atentado, si las palabras dichas no tuvieran el propósito de ofender; ni el fraude sería tal, si los actos

materiales que los constituyen no llevarán la intención de engañar y obtener un lucro indebido, o bien, un demente puede proferir frases con propósito de ofender a otra persona y con ello ejecutará un acto antiurídico inconveniente, pero por su anormalidad que le hace vivir en un mundo irreal y tomar sus determinaciones por una motivación que no le es imputable psicológicamente, el acto no es culpable de su parte, no es reprochable al sujeto.

Dentro de las causas de exclusión de la antiuridicidad se encuentra que la gente obra en condiciones normales de imputabilidad, es decir, obra con conocimiento y voluntad, pero su actuar no es delictivo por ser justo, ya que la situación especial en que se cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta, esto se da cuando por ejemplo un hombre mata a otro hombre, pero es por defender su propia vida que ha sido atacada injustamente, es por esto que esta situación de defensa excluye a la antiuridicidad.

Como consecuencia de lo anterior, la ilicitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues el que obra conforme a Derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos.

Una de las causas que excluyen la antiuridicidad es

la legítima defensa que viene a ser una defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Aquí nos encontramos ante la imposibilidad momentánea en que el Estado se encuentre de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, ya que es justo y lícito que éste se defienda; y entonces su acción no es antiurídica y por lo tanto no hay delito. Se debe tomar en cuenta que la agresión o el ataque deben ser ilegítimos, es decir, contrarios a Derecho, ya que cuando éstos son legítimos no cabe la legítima defensa, de modo que cuando la conducta del atacante esta justificada, la defensa realizada contra él, no es legítima.

El estado de necesidad, es otra causa de justificación que consiste en el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. Así el aborto terapéutico y el robo de famélico son causas de justificación.

Otra causa de justificación es el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, que nuestra legislación penal federal contempla y que pueden comprenderse como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgi-

cos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.

El impedimento legítimo, también es causa de justificación y opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal. El comportamiento aquí es siempre omisivo, prevaleciendo el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción.

1.4.4 IMPUTABILIDAD.

Es la capacidad de entender y de querer o bien de comprender el carácter ilícito de la conducta y determinarse conforme a esa comprensión. Se es imputable cuando se es capaz para responder ante el Derecho Penal.

La imputabilidad es un concepto psicológico-jurídico por tener los atributos necesarios para entender, conocer y representar una conducta, todo dentro de un concepto mínimo de la capacidad; ya que no se requiere que el sujeto sea extraordinariamente inteligente para conocer lo improcedente de su conducta, por ejemplo cualquier individuo sabe que matar a otro es ilícito.

El aspecto negativo de la imputabilidad consiste en el estudio que se hace a los sujetos que son incapaces como lo es el caso de aquellos que padecen una enfermedad mental que perturbe la conciencia, que es la facultad intelectual que permite al hombre vincularse con el mundo exterior; así que cuando la conciencia se perturba se afecta la facultad de entender y de querer, el sujeto no responderá de sus actos porque no es capaz.

La conciencia se perturba como ya se expuso anteriormente, por una enfermedad mental o por una enfermedad no mental; en este último caso, es poco probable que se anule totalmente la capacidad de entender y de querer; como lo es el caso de una emoción violenta, ejemplo de ello, cuando un sujeto encuentra a su mujer con otro individuo en el lecho matrimonial, si el sujeto es normal sufre una perturbación en la conciencia, pero no anula en su totalidad su capacidad de entender y de querer. La grave perturbación de la conciencia es sin base patológica, esto es, sin enfermedad mental, dicha perturbación sólo disminuye su capacidad; entra aquí lo que la doctrina llama imputabilidad disminuida, así que el sujeto si será castigado penalmente, pero en menor grado.

La grave perturbación de la conducta se puede presentar como ya se explicó, por una enfermedad mental o bien, por

causas distintas a ella, como es el desarrollo psíquico retardado que proviene de una causa anormal si se refiere a una enfermedad mental y puede tener como consecuencia la imputabilidad o la inimputabilidad disminuida, según sea el caso. Aunque la falta de desarrollo puede ser también originada por una causa normal como es la edad, por ende, el sujeto no está desarrollado ni física, ni mentalmente y como consecuencia de ello, no tendrá la capacidad de entender y de querer en forma completa; los niños tienen un desarrollo psíquico incompleto y eso no es una situación anormal porque con el transcurso del tiempo, el desarrollo existirá y se sabrá si el sujeto es capaz o no.

Se puede dar el caso de que el sujeto sea normal si el medio ambiente sea un factor determinante para que aquél se trastorne; como el sujeto que vive totalmente aislado del mundo social.

El miedo grave también es considerado como causa de inimputabilidad y obedece a procesos causales psicológicos, se engendra en la imaginación. Con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye causa de inimputabilidad, puesto que afecta la capacidad y aptitud psicológica.

Por último. las personas menores de 18 años son considerados inimputables en virtud de que a esa edad son materia dúctil, susceptible de corrección. En caso de que cometieran alguna conducta ilícita. De esta forma se les llama Menores Infractores y normalmente son internados en los Consejos Tutelares para que puedan ser readaptados a la sociedad.

1.4.5 CULPABILIDAD.

La CULPABILIDAD es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Es el elemento esencial del delito más complicado porque es de carácter subjetivo. es decir, es una cuestión interna derivada de la mente del sujeto; los otros elementos son objetivos.

Aquí el problema es saber cuál es la intención del individuo, si es o no cometer el hecho.

Así pues, la culpabilidad es el nexo que existe entre el sujeto, su mente y el resultado de su hecho.

Existen tres especies de la culpabilidad:

A).- Dolo:

a) Directo (la persona quiere el resultado).

b) Indirecto (la persona admite el resultado, a su vez se da lugar a:

1) Simplemente directo: No se quiere causar el daño, pero se sabe que se va a causar como consecuencia de realizar otro.

2) Indeterminado: Se realiza una conducta para causar un daño pero no se sabe que daños resultarán.

3) Eventual: No se quiere un daño concreto, pero se admite el que resultare.

B).- La culpa:

No se quiere el daño, pero éste se causa como consecuencia de no observar ciertas cautelas.

Existen dos clases de culpa:

a) Culpa Consciente: Se prevée el resultado como posible, pero no sólo lo quiere, sino que abriga la esperanza

de que no ocurrirá.

b) Culpa Inconsciente: No se prevee un resultado posible.

c) Preterintención: El resultado típico sobrepasa a la intención del sujeto.

Ahora bien, se puede afirmar que la culpabilidad esta compuesta de un acto de voluntad, que es el aspecto psicológico que liga al autor con la realización de lo injusto: de los motivos que tuvo el autor para cometer el hecho típico y así poder determinar si pertenece el dolo o a la culpa. También, si existe alguna causa de exclusión de la culpabilidad; influye bastante la personalidad del autor, ya que esta es determinante al momento de tomar una resolución definitiva por parte del Juzgador y así poder individualizar la pena, si ello lo amerita.

El aspecto negativo de la culpabilidad es el error, que se define como, la falta de congruencia entre el pensamiento y la realidad.

Existen diversas clases de error:

a) Prohibición legal: Existe equivocación respecto a la conducta prohibida por la Ley.

b) De tipo: Se sabe que la conducta está prohibida, pero se tiene la seguridad de que a los actos realizados les falta algún elemento que se requiere el tipo, por lo que es inculpable.

c) Justificantes putativas: Las circunstancias reales hacen que se esté obrando con causa de justificación, que al no ser verdaderas, llevan el nombre de putativas.

d) No exigibilidad de una conducta diversa: De acuerdo con las circunstancias concretas, no es posible exigir una conducta diferente de distinta forma.

e) Caso fortuito: Se comete el delito por causas que están fuera de la voluntad del activo.

1.4.6 PUNIBILIDAD.

La PUNIBILIDAD consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

En una idea más desarrollada, la punibilidad se tradu-

ce en imponer una sanción a quien se hizo merecedor de ella en virtud de la realización de una conducta que esté tipificada como delito por la Ley Penal. Por lo tanto, este elemento es el que integra la pena.

Algunos autores sostienen que a la imposición de la pena va a depender en la mayoría de los casos a la gravedad del hecho delictivo, es aquí donde la Ley Penal Federal, crea la institución llamada individualización de la pena que contempla en su precepto número 51, y que el Juzgador, de acuerdo a su libre arbitrio decidirá el monto de la pena que se le debe aplicar a un sujeto; dichas circunstancias serán primordiales en tanto que no sean constitutivas del delito o modificadoras de la responsabilidad de aquél que se encuentra bajo un proceso penal.

Se ha discutido también, si éste elemento último del delito surge como consecuencia de aquél o es esencial, o característico del mismo y es innecesario tratar de buscar solución diferente al caso, cuando de sobra sabemos que no habrá delito sin pena, a excepción de que se dicte una absolutoria; (producto de diversas razones como en el caso de que exista una justificante a favor del procesado) a lo que se le conoce como el aspecto negativo de la penalidad. De aquí que la punibilidad sea elemento esencial del delito.

1.5 LAS FORMAS DEL DELITO.

1.5.1 CONCEPTO DE PARTICIPACION.

Participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad. Dos o más hombres realizan un mismo delito.

Los tipos plurisubjetivos no pueden colmarse con la conducta de un hombre, sino necesariamente por la de dos o más.

En los delitos unisubjetivos por naturaleza, es dable, como ha quedado asentado, la corriente de varios agentes y sólo entonces se habla de PARTICIPACION o CONCURSO eventual de personas en la comisión del ilícito penal; así, haciendo referencia al mismo delito de homicidio, si diversos individuos intervienen, tanto en la planeación como en su ejecución y toca a cada uno distinta actividad dentro del mismo propósito concebido, sus conductas, convergentes a la producción del resultado de muerte, configuran el CONCURSO EVENTUAL o PARTICIPACION. Si la estructura del tipo requiere de dos o más sujetos activos, se integra el CONCURSO NECESARIO; por ello, al definir ante la participación se anota que el tipo legal no imponga la pluralidad.

1.5.2 GRADOS DE PARTICIPACION.

La participación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Evidentemente si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, de esta idea surgen las llamadas formas de participación.

Francisco Carrara distingue entre responsables principales y accesorios; dice que el autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto de quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.

Si alguien ejecuta por sí solo el delito, se le llama simplemente autor; si varios lo originan, reciben el nombre de coautores.

Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aun cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Sebastián Soler habla de los autores mediatos para señalar aquellos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad.

Como forma de participación también se tiene el mandato y éste existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena. La orden no es sino una forma del mandato y la impone el superior al inferior con abuso de su autoridad. La coacción se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. Y finalmente, el consejo es la instigación que hace alguno para inducir a otro a cometer un delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigador. La asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados.

10. SOLER, Sebastián. Cit. por CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit., p. 295.

C A P I T U L O I I

LA LEY PENAL Y SUS AMBITOS
DE APLICACION.

II. LA LEY PENAL Y SUS AMBITOS DE APLICACION

2.1 LA LEY PENAL.

La ley penal es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad.

La creencia de que la ley penal es solo el conjunto de normas contenidas en el Código Penal resulta falsa; esto es un espejismo, pues existen diversas normas penales insertas en distintos cuerpos legales, como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código Fiscal Federal, la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Ley Federal de Derechos de Autor, etcétera.

Acosta Romero, afirma que "las conductas constitutivas de delitos, en términos generales, se encuentran contenidas en el Código Penal, sin embargo, existen muchas otras que se contemplan en diferentes ordenamientos no penales (tratados internacionales y leyes especiales), mismas a las que se les ha denominado como "Delitos Especiales". Estos, aceptados, por el artículo 6º del propio Código Penal, se refieren a situaciones jurídicas abstractas determinadas, contenidas en leyes no privativas ni prohibitivas del artículo 13 Constitucional;

es decir, son impersonales, generales y abstractas y, pensamos, podrían llegar a constituir un Derecho Penal especializado con ciertos atributos derivados de la naturaleza de las leyes administrativas, o bien, de delitos que estén matizados por circunstancias agravantes de responsabilidad o penalidad, en función de los intereses jurídicos que pretenden proteger dichas leyes al tipificar estos delitos."¹

Así pues, el maestro Acosta Romero, llega a proponer la descodificación del Derecho Penal, en el sentido de que se deje de usar un sólo Código y que sea mediante leyes especiales, en que se reglamente la ley penal, en general.

2.2. FUENTES DEL DERECHO PENAL.

Por fuente se entiende todo aquello que da origen o hace posible el surgimiento de algo. De este modo, fuente del derecho será aquello que origina la creación de esta ciencia. En general, las fuentes del derecho pueden ser reales, formales o históricas.

FUENTES REALES: son las causas que hacen necesaria la

1. ACOSTA Romero, Miguel y Lopez Betancourt, Eduardo. Delitos Especiales, Edit. Porrúa, S.A., México, 1994. p. 21-22.

creación de la norma: constituyen un acontecimiento que, en un momento dado, propicia el nacimiento de una norma jurídica.

FUENTES FORMALES: son los procesos de creación de las normas jurídicas: de modo que en el derecho mexicano, son fuentes formales la ley, la jurisprudencia, la costumbre y para algunos, la doctrina y los principios generales del derecho.

FUENTES HISTORICAS: son los medios objetivos en los cuales se contienen normas jurídicas vigentes en el pasado.

Por la naturaleza especial y delicada del Derecho Penal, la ley puede ser considerada fuente directa, inmediata y principal. Es común escuchar que la doctrina y la jurisprudencia son fuentes del derecho penal, pero ambas únicamente sirven para profundizar en él, para desentrañar el sentido de la norma, para aclarar lagunas de la ley, y en general, para llevar a cabo una correcta interpretación de aquellas. Las investigaciones de los doctrinistas y la jurisprudencia son útiles para que, en un momento dado, el legislador eleve a ley su contenido, con lo cual reformará las leyes penales, pero en cualquier caso solo la ley es fuente del derecho penal.

2.3 INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.

Interpretar significa explicar, aclarar y entender lo que es obscuro o confuso. Existen diversos criterios de clasificación a la interpretación de la ley, los cuales se resumen de la siguiente manera:

POR SU ORIGEN:

* **Doctrinal:** es la realizada por los particulares; por los hombres estudiosos del Derecho.

* **AUTENTICA:** también llamada legislativa, por ser la que realiza el legislador para precisar o aclarar el sentido de una norma jurídica.

* **JUDICIAL:** también llamada jurisdiccional, debido a que es la que se realiza en la tarea diaria de impartir justicia, por parte del juzgador.

POR EL METODO EMPLEADO:

* **GRAMATICAL:** consiste en atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legisla-

dora al expedir el texto legal.

* **LOGICA:** llamada también teleológica. porque tiene por objeto determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, del estudio de la exposición de motivos y de las actas de los trabajos preparatorios en el proceso legislativo.

POR LOS RESULTADOS:

* **DECLARATIVA:** es aquella donde coinciden la voluntad de la ley con la letra de ésta, de modo que existe identidad entre el texto literal y la intención del legislador.

* **EXTENSIVA:** donde la intención de la ley es mayor de lo expresado en el texto, de manera que la letra es más restringida que la voluntad legal. El intérprete deberá encontrar lo que la ley quiere decir, sin excederse en su interpretación.

* **RESTRICTA:** es lo contrario de la extensiva, de modo que el texto legal expresa más que lo pretendido por el legislador. La letra va más allá de la voluntad legal.

* **PROGRESIVA:** es aquella que consiste en adaptar o

adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes en la sociedad, que son cambiantes.

Finalmente, al margen de la problemática que queda generar la interpretación de la ley penal, no debe confundirse entre la interpretación analógica y la aplicación analógica de la ley penal. Esta última la prohíbe el artículo 14 Constitucional, ya que consiste en aplicar una sanción por un delito no previsto por la ley, simplemente por semejanza con otro delito, lo cual es violatorio de la garantía constitucional de legalidad.

Además, no se puede olvidar que la ignorancia de la ley penal no excusa su comisión, será merecedor de una pena quien incurra en un delito, aun cuando ignorase que existía; no obstante, el artículo 52 del Código Penal Federal, otorga al juez la facultad de considerar, entre otras circunstancias, la educación y la ilustración del delincuente para la correcta aplicación de la pena, lo que deja su prudente arbitrio, y valorando esas circunstancias, la imposición de las penas teniendo como variable entre un mínimo y un máximo que reglamenta cada tipo penal.

2.4 AMBITOS DE VALIDEZ.

2.4.1 AMBITO MATERIAL.

Para entender este ámbito de validez de la ley penal, debe distinguirse tres ordenes desde los cuales puede contemplarse la aplicación de la norma: común, federal y militar.³

ORDEN COMUN: también se le conoce como local y ordinario. Dado el sistema federal mexicano, cada entidad federativa legisla en materia penal. Por regla general, puede decirse que es común lo no reservado especialmente a la Federación, puesto que así lo dispone el artículo 124 Constitucional. Dicho de otra manera, todos los delitos son comunes, menos los que expresamente y por excepción, la ley determina como federales.

ORDEN FEDERAL: aquí quedan comprendidos los delitos que afectan directamente a la Federación. Se llaman delitos federales a los establecidos en el artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. Bajo el señalamiento del artículo 1º, el Código Penal Federal contiene diversos delitos federales, como aquellos contra la salud, el daño en propiedad ajena cuando el sujeto pasivo es la Federación, etc.

ORDEN MILITAR: se le denomina fuero castrense y rige

3. AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda. Ob. Cit., p. 30-31.

las relaciones del cuerpo armado. Existe una legislación especial, el Código de Justicia Militar, en el cual se señalan los delitos y penas correspondientes a los miembros del ejército.

2.4.2 AMBITO TEMPORAL.

Una ley es solo aplicable durante su vigencia: esta afirmación, implica que desde su inicio de su vigencia y hasta que se deroga, una ley puede aplicarse. Pero surge un problema controvertido al punto de aplicación de la ley penal: la retroactividad. Por mandato constitucional, ninguna ley se puede aplicar retroactivamente, o sea, ninguna ley puede aplicarse respecto a un hecho ocurrido antes del surgimiento de la norma.

Sin embargo, debe entenderse que tal prohibición, según el artículo 14 de la Constitución Federal, se impone siempre y cuando sea en perjuicio de alguien; de esta manera, la ley podrá aplicarse retroactivamente cuando resulte en beneficio de la persona. Fundamentación de ello, es el artículo 56 del Código Penal Federal, el cual señala que será aplicable la ley más favorable al inculcado o sentenciado.

2.4.3 AMBITO ESPACIAL.

La ley debe aplicarse en el territorio donde se crea, pues emana en virtud de la soberanía de cada Estado: por tanto, debe tener aplicabilidad en su propio territorio, y no en otro.

En cuanto al ámbito espacial de la ley penal, existen diversos principios, que son: de territorialidad, de extraterritorialidad, personal, real y universal.⁴

Principio Territorial: el Código Penal Federal, en su artículo 1º, establece este principio, al señalar que se aplicará en el Distrito Federal y en toda la República, y alude a las competencias común y federal.

Principio Extraterritorial: este principio supone que, en ciertas situaciones, la ley mexicana se puede aplicar fuera del territorio nacional, como en el caso previsto por el artículo 2º, fracción II, 4º y 5º del propio Código Penal en la materia.

Principio Personal: atiende a la persona en sí, aspecto que determinará la aplicación de la ley, como lo dispone el artículo 4º del Código Penal Federal en cuanto a la nacionali-

4. CASTELLANOS Tena, Fernando. Ob. Cit., p. 96-97.

dad de los sujetos activo y pasivo del delito.

Principio Real: este principio se refiere a los bienes jurídicamente tutelados: en atención a ellos, el Estado determina como debe sancionar al delincuente.

Principio Universal: mediante el cual, todas las naciones deben tener el derecho de sancionar al infractor de la ley atendiendo a la especial naturaleza de un delito en especial.

El principio que rige el sistema jurídico mexicano es el territorial, y sólo por excepción, se siguen otros, principalmente, el principio territorial, más sin embargo, México no es aieno a la colaboración internacional, para lo cual, se creo la extradición, como el acto de entregar un Estado a otro a una persona acusada o condenada que se ha refugiado en aquel.

2.4.4 AMBITO PERSONAL.

Desde este punto de vista, la validez de la ley penal atiende a la persona a quien va dirigida; parte del principio de igualdad en que se postula que todos los hombres son iguales ante la ley.

Sin embargo esta postulación de igualdad, pronto tiene excepciones, contenidas en la propia ley. Existen situaciones especiales en las que este principio deja de tener aplicación; para mayor explicación a tales excepciones, se recurrirá en el derecho interno, en el derecho internacional.

En el derecho interno, se presenta el caso cuando determinados servidores públicos, ante la comisión de un delito, se les da un tratamiento especial, derivado de su función ante el Estado; a tal protección se le ha conocido con el nombre genérico de fuero. De tal forma la responsabilidad de los servidores públicos para que puedan dar lugar al castigo correspondiente, precisa previamente, de un acto político; acto por el cual, la Cámara de Diputados es elegida por mayoría como órgano acusador, y es la Cámara de Senadores la que en última instancia resuelve la declaración de procedencia, dejando de brindarle la protección especial al servidor y poniéndolo a disposición de las autoridades judiciales. Para precisar esta figura, es necesario recurrir a los artículos 108 al 114 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el derecho internacional, existe la institución de la inmunidad, como aquella prerrogativa que se le concede a los diplomáticos de países extranjero que se encuentren en el

territorio nacional en el desempeño de sus funciones. Esta protección consiste en garantizar el debido cumplimiento de dichas funciones y evitar obstáculos, impedimentos e incluso falsas acusaciones, que trascenderían en desprestigio internacional. En tal aspecto, se debe citar a lo dispuesto en tratados internacionales. Si el delito de que se trata no está previsto en la legislación penal interna, pero sí en un tratado internacional, se estará al señalamiento del artículo 6 del Código Penal Federal, en que prevé la aplicación de un tratado internacional en el que México haya sido parte.

C A P I T U L O I I I

GENERALIDADES DEL DERECHO
INTERNACIONAL

III. GENERALIDADES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

3.1 CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL.

El término Derecho Internacional se usa desde que Jeremias Bentham lo empleo en 1789 por no encontrarse un vocablo mejor para designar esta disciplina. En castellano se continúa utilizando, junto con el nombre "Derecho Internacional", la designación "Derecho de Gentes", rica en connotaciones emocionales, y aunque menos técnica que aquélla, resulta más generalizadora.

La palabra "Gentes" significa, desde el siglo XVI pueblos organizados políticamente. En otros idiomas, como el inglés, francés e italiano, la materia tiene igual denominación que el nuestro; pero en alemán la disciplina prosigue llamándose Derecho de Gentes.¹

Dentro de la clasificación del Derecho, el Derecho Internacional o también llamado Derecho Externo, se ubica dentro del Derecho Objetivo.

1. SEPULVEDA, César. Derecho Internacional, Edit. Porrúa. S. A., México, 1984, p. 3.

Fiore,² dice que el objeto de la ciencia denominada Derecho Internacional consiste en determinar la autoridad extraterritorial de cada ley; esto es, en indagar y establecer, con arreglo a los principios del Derecho, si la autoridad, la fuerza y eficacia de todo precepto imperativo sancionado por cada legislador deben terminar en las fronteras del Estado en que se ha dictado, o deben extenderse en ciertos casos al territorio sueto a otra soberanía; y en el supuesto de que deba de admitirse la autoridad extraterritorial de la ley, precisar los límites dentro de los cuales puede aquélla ser admitido.

El Derecho Internacional se divide en Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Derecho Internacional Público: "Es el conjunto de normas que rigen las relaciones de los diversos estados entre sí, en tiempo de paz o de guerra".³

Para el doctrinista Manuel J. Sierra,⁴ "el Derecho Internacional Público es el conjunto de principios, normas y

2. FIORE. Cit. por GARCIA Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Edit. Porrúa, S. A., México, 1986, p. 150.

3. MOTO Salazar, Eirain. Elementos de Derecho, Edit. Porrúa, S. A., México, 1986, p. 18.

4. SIERRA, J. Manuel. Derecho Internacional Público, Edit. Porrúa, S.A., México, 1955, p. 13.

reglas de cumplimiento obligatorio, que fijan los derechos y los deberes de los Estados y rigen sus relaciones recíprocas".

Por lo que toca al Derecho Internacional Privado, y en virtud de que la materia objeto de la presente tesis se centra precisamente, dentro de esta rama del Derecho, se cree necesario profundizar en su conceptualización.

Para Rafael de Pina,⁵ el Derecho Internacional Privado, "es el conjunto de normas destinadas a la resolución por los tribunales de los diferentes Estados de los conflictos de leyes derivados de la multiplicidad de los sistemas jurídicos".

Alberto G. Arce⁶ define al Derecho Internacional Privado como "la rama del Derecho que se ocupa de la persona en sus relaciones internacionales o interprovinciales, ya que en Estados Federales, como lo son los Estados Unidos Mexicanos, los conflictos surgen no solamente con los estados extranjeros sino con los estados que integran la Federación".

5. DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, S. A., México, 1986, p. 223.

6. ARCE, Alberto G. Derecho Internacional Privado, Edit. Universidad de Guadalajara, México, 1990, p. 12.

Moto Salazar Efraín,⁷ conceptualiza al Derecho internacional Privado como "el conjunto de normas que rigen a los particulares o sus bienes, siendo nacionales de un Estado, se encuentran en territorio de otro Estado".

Para J. P. Niboyet,⁸ el Derecho Internacional Privado, "es la rama del Derecho Público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros, resolver los conflictos de leyes referentes al nacimiento (o a la extensión) de los derechos y asegurar, por último, el respeto de estos derechos."

Carlos Arellano García, comenta que el Derecho Internacional Privado "es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tienen por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta."⁹

Tiene, hoy por hoy, sigue afirmando el citado autor, el objeto puramente formal de señalar la vigencia espacial de

7. MOTO Salazar, Efraín. Ob. Cit., p. 18.

8. NIBOYET, J.P. Principios de Derecho Internacional Privado, Edit. Nacional, México, 1960, p. 77.

9. ARELLANO García, Carlos. Derecho Internacional Privado, Edit. Porrúa, S.A., México, 1974, p. 19-21.

la norma jurídica de más de un Estado, determinando qué norma jurídica es la aplicable y no tiene asignado el papel de establecer el papel de establecer el contenido de la norma jurídica aplicable. Entonces, el objeto a regular por la rama del Derecho Internacional Privado, es una situación jurídica concreta que actualiza las hipótesis legales de normas jurídicas pertenecientes a más de un país.

Finalmente, por cuanto a la conceptualización de la rama del Derecho que nos ocupa, el antiguo profesor de ésta cátedra en la máxima casa de estudios, la UNAM, José Algara, propone la siguiente: "Es el conjunto de principios positivos o filosóficos, que regulan las relaciones jurídicas, civiles y penales, de individuos sujetos a diversas leyes, estableciendo cuál de éstas debe preferir para resolver el conflicto."¹⁰

Como es de observarse algunas de estas definiciones no coinciden con el contenido del Derecho Internacional Privado, por tanto, se considera necesario hacer alusión a las principales doctrinas contemporáneas que se refieren a diversas divisiones del contenido material de esta rama del Derecho.

10. ALGARA, José. Cit. por ARELLANO García, Carlos. Ob. Cit., p. 14.

La doctrina francesa, que es seguida por la casi totalidad de los países latinoamericanos, establece una división temática en la forma siguiente:

- * Derecho de la Nacionalidad.
- * Condición Jurídica de los Extranjeros.
- * Conflicto de leyes.
- * Conflicto de competencia judicial.

Por su parte, las doctrinas italiana y alemana estudian únicamente el tema del conflicto de leyes. Posiblemente porque opinen en un sentido estricto, se puede considerar que el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros son temas de estudio del Derecho Civil, del Derecho Administrativo y del Derecho Internacional Público; por tanto, no pertenecen al ámbito del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, se considera que algunos de los aspectos de la nacionalidad y de la condición jurídica de los extranjeros son auténtica e ineludiblemente supuestos propios del Derecho Internacional Privado. En sí, estas doctrinas se limitan a estudiar el ámbito de aplicación del derecho nacional y su relación respecto de la posible aplicación del dere-

cho extranjero.

En el Derecho inglés y en el estadounidense, el Derecho Internacional Privado se plantea a partir de la jurisdicción de que está investido determinado tribunal frente al caso concreto que se le presente y el cual contenga elementos extranjeros (diferente nacionalidad y domicilio de las personas involucradas, contrato celebrado en el extranjero, etc.), es decir, el problema radica en determinar si ante el caso concreto, dicho tribunal es o no competente para conocer de él. Esto da origen a lo que comúnmente la doctrina denomina conflicto de competencia judicial, el cual, en el fondo, no es más que un conflicto de normas procesales, por lo que toca incluido dentro del tema del conflicto de leyes.

La diferencia entre estos dos conflictos de leyes estriba en que en Latinoamérica y Europa continental, el conflicto de leyes se plantea desde la perspectiva del Derecho aplicable al fondo de la cuestión por resolverse, mientras que en Estados Unidos de América e Inglaterra, dicho conflicto se plantea en torno a la determinación del juez o tribunal competentes y, posteriormente, respecto de la ley aplicable al fondo de la cuestión que debe resolverse.

Concretamente en México, se ha aceptado la división

propuesta por la doctrina francesa:

a) Derecho de la Nacionalidad:

Establece y regula la calidad de una persona en razón del vínculo de carácter político - jurídico que la integra a la población constitutiva de un Estado.

b) Condición Jurídica de los Extranjeros:

Es un tema que implica el estudio del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetos los extranjeros dentro de un determinado sistema jurídico.

c) Conflicto de Leyes:

Con esta expresión, se alude al procedimiento por medio del cual, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal en el nivel nacional, mediante la aplicación del derecho que dará la respuesta directa. En el primer caso, se habla de un conflicto de leyes de carácter internacional. En el segundo, de un conflicto de leyes de carácter interno o nacional.

d) Conflicto de Competencia Judicial:

En esta denominación, se examina el procedimiento mediante el cual se trata de determinar la competencia de los jueces o de los tribunales idóneos para conocer y resolver los problemas derivados del tráfico jurídico internacional. denominada competencia directa; por su parte, bajo el rubro de competencia indirecta, se estudia el ejercicio de la jurisdicción por el juez o tribunal para llevar a cabo el reconocimiento de la validez jurídica de una sentencia emitida por un juez o tribunal diferente. Se incluye en esta temática el estudio de la cooperación procesal internacional.

Con base en esta temática, se puede decir, en un sentido amplio, que el Derecho Internacional Privado es la disciplina encargada de estudiar al conjunto de normas relativas al derecho de la nacionalidad, a la condición jurídica de los extranjeros, a la resolución de conflicto de leyes y a la competencia judicial.¹¹

3.2 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

11. PEREZNIETO Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado, Edit. Harla, México, 1980, p. 8.

En principio, se hace necesario conceptualizar el término Fuente del Derecho en general. Así, para Rafael De Pina,¹² esta expresión se emplea para designar el origen del Derecho Positivo.

Así, son fuentes del Derecho Internacional los tratados internacionales, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

3.2.1 LOS TRATADOS Y LAS CONVENCIONES.

Tratado es todo acuerdo concluido entre dos o más sujetos de Derecho Internacional. Se habla de sujetos y no de Estados, con el fin de incluir a las organizaciones internacionales.

Las normas que regían el derecho de los tratados eran esencialmente de carácter consuetudinario. El 23 de mayo de 1969, como culminación de los trabajos emprendidos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se firmó en Viena la llamada Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que entró en vigor el 27 de enero de 1980,

12. DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit., p. 275.

tras haber recibido las ratificaciones de los 33 signatarios originales.

De esta forma, la Convención de Viena define a los tratados internacionales en su artículo 2. párrafo 1. que dice: "Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional Público, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular."

3.2.2 LA COSTUMBRE.

El artículo 38. párrafo 1. Inciso d) del Estatuto de la Corte Internacional, define a la costumbre internacional como "la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".

De tal definición, se deducen dos elementos fundamentales de la costumbre: 1) El elemento material: práctica constante y uniforme, y b) El elemento espiritual: convicción de la obligatoriedad jurídica de la costumbre.

El elemento material de la costumbre, es una práctica de los Estados, un modo de comportarse, la actuación en un

determinado sentido: este concepto trae inmediatamente al pensamiento la idea de constancia, de repetición. En cuanto al segundo elemento, no es suficiente que los Estados actúen en un determinado sentido para afirmar la existencia de la costumbre; es necesario también que, al actuar así, tengan conciencia que lo hacen con arreglo a una norma de Derecho.

3.2.3. LA JURISPRUDENCIA.

Así como los tribunales de un Estado aplican las normas jurídicas del sistema a que pertenecen, y el criterio uniforme de interpretación y aplicación de las normas jurídicas constituye la jurisprudencia, se afirma que los tribunales internacionales desempeñan una función parecida. Entre dichos tribunales, el más importante es la Corte Internacional de Justicia y su antecedente inmediato, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

El párrafo d) del artículo 38 del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional, establece que: El Tribunal, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional Público las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio

auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 59.

De esta forma, una sentencia de Derecho Internacional nunca podrá apoyarse única y exclusivamente en un precedente jurisprudencial o en la doctrina. Sólo podrán utilizarse dichas fuentes como medios auxiliares, que apoyen los tratados, la costumbre o los principios generales del derecho.

3.2.4 LA DOCTRINA.

En el nivel internacional, la doctrina cumple la misma función que en el ámbito nacional, como instrumento auxiliar del Derecho. Al uso, ya se anotaba, que el estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece en su artículo 38 que la doctrina es uno de los elementos sobre cuya base la Corte debe decidir, pero con el carácter aludido.

La importancia de la doctrina, que fue mucha cuando los tratados eran escasos y la costumbre aún no estaba bien determinada o sufría los efectos de la evolución de la sociedad internacional en los momentos en que ésta se iba a conformarse según el modelo actual, ha ido perdiendo su lugar y hoy sólo puede considerarse como medio auxiliar, en el sentido de que puede facilitar la búsqueda de la norma jurídica, pero sin

que la simple opinión doctrinal tenga peso ninguno ante el juez internacional.

3.2.5 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Los principios generales del derecho son principios comunes a los distintos Estados que ya han alcanzado una cierta objetivización en el derecho interno. El referido artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional, habla de principios generales del derecho, por tanto, sólo hace referencia a ideas jurídicas generales y fundamentales y no a cualquier precepto normativo. Así, la función de los principios generales del derecho no se restringe a cubrir lagunas que pudieran presentar por la falta de tratado o costumbre aplicable, sino que sirven de instrumento para la debida aplicación e interpretación de los tratados internacionales y de la costumbre internacional.

3.3 CONCEPTO DE NACIONALIDAD.

Puede considerarse a la Nacionalidad como un vínculo específico que une a una persona determinada con un Estado particular, fija su pertenencia a dicho Estado, le da derechos a reclamar, sobre todo la protección del mismo, y la somete a

las obligaciones impuestas por sus leyes.

Nacionalidad es pues, el vínculo jurídico en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que constituye un Estado, según el Derecho Interno y el Derecho Internacional.

De lo anterior, surge que la Nacionalidad es un vínculo establecido por el Derecho Interno, por lo que a cada Estado corresponde legislar sobre la adquisición, pérdida y recuperación de la misma. Las disposiciones de Derecho Interno dictadas en relación con la Nacionalidad, son reconocidas y respetadas por los demás Estados, en tanto que no afecten los tratados especiales o el uso internacional.

Si reviste tanta importancia el problema de determinar la Nacionalidad de un individuo, es porque la misma tiene efectos, no sólo en el Derecho Internacional, sino también en el Derecho Público Interno del país de que se trate. Estos efectos son principalmente: a) otorga a ciertas personas, expresamente determinadas derechos políticos; b) impone a las mismas un tipo de deberes militares impostergables; c) capacita para el desempeño de algunas funciones públicas, específicas, vedadas para extranjeros, como también para el ejercicio de ciertos derechos, actividades o profesiones que las leyes

enumeran en forma taxativa: d) capacita para la obtención de pasaporte, con todas las consecuencias implícitas en esta facultad, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra; e) posibilita la repatriación por el Estado de origen en caso de indigencia, y f) da la posibilidad de recurrir a la protección diplomática del país del cual se es nacional.¹³

Para Eduardo Trigueros, la "Nacionalidad es el atributo que señala a los individuos como integrantes, dentro del Estado, del elemento social denominado pueblo, es decir, es un vínculo que permite al Estado identificar a los individuos que lo componen."¹⁴

Hans Kelsen, afirma que la Nacionalidad "es una institución común a todos los ordenes jurídicos nacionales modernos".¹⁵

Para Rafael de Pina, la Nacionalidad "es el vínculo jurídico que liga a una persona con la nación con la que pertenece."¹⁶

13. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XX, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 33.

14. TRIGUEROS, Eduardo. Cit. por PERZNIETO Castro, Leonel. Ob. Cit., p. 32.

15. KELSEN. Cit. por PERZNIETO Castro, Leonel. Ob. Cit., p. 33.

16. DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit., p. 365.

Alberto G. Arce. define a la Nacionalidad como el lazo político y jurídico que une a un individuo con un Estado."¹⁷

De estas definiciones se puede observar que la palabra Nacionalidad tiene el inconveniente de que consagra el equívoco que ha venido haciéndose en el idioma, pues proviene de la palabra Nación, y de lo que quiere hablarse en realidad, no es del lazo que liga al individuo con la Nación, sino con el Estado, que es una concepción absolutamente diferente.

La esencia de la idea de la Nacionalidad, debe considerarse simplemente desde el punto de vista político, que es la base del Estado, sin tener en cuenta otras consideraciones que se refieren a la Nación, que en Derecho no es un Estado, que es el único que en las relaciones internacionales debe considerarse, ya que es el que ejerce la autoridad política soberana.

Con relación al tema en cuestión, el Constitucionalista mexicano Ignacio Burgoa, establece que: "La Nacionalidad implica un concepto estrictamente jurídico que denota, a su vez, una idea de relación política entre un individuo y un estado determinado. Así lo concibe la doctrina de Derecho

17. ARCE G., Alberto. Ob. Cit., p. 13.

Internacional Privado, uno de cuyos más significados exponentes, Niboyet la define como el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado".¹⁸

Continúa expresando el maestro que, el concepto de Nacionalidad no siempre corresponde a la idea de pertenencia de un individuo a una Nación determinada. En otras palabras, la idea formal de Nacionalidad no necesariamente tiene como contenido o sustancia a la Nación, es decir, los "nacionales" no siempre son los individuos que integran una misma comunidad "nacional".

La Nacionalidad se establece por el Derecho dentro de un determinado Estado, cuya constitución fija los criterios para reputar a los individuos que componen su población como "nacionales" o "extranjeros". Por ello, la demarcación de la Nacionalidad es un acto jurídico normativo proveniente del poder constituyente mismo y que tiende a integrar el cuerpo político del Estado, segregando de él a los individuos que por causas variables y muchas veces circunstanciales no deben formarlo.

Para demarcar la Nacionalidad, la Constitución del

18. BURGOA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano, Edit. Porrúa, S. A., México, 1991, p. 104-107.

Estado suele adoptar varios criterios, siendo los principales el *ius sanguinis*, el *ius soli* y el *ius domicili*. Según el primero, la Nacionalidad se atribuye iurídicamente a un individuo en atención a la misma nacionalidad de sus padres con independencia del lugar de su nacimiento. Conforme al segundo, es este lugar el que se toma en cuenta por el derecho para determinación de la Nacionalidad sin considerar la de los progenitores del individuo; y en el tercer caso, la adquisición de la Nacionalidad, que suele llamarse Naturalización, depende del tiempo de residencia del sujeto extranjero en el territorio de un Estado y sin perjuicio de la satisfacción de otros requisitos que se le exijan constitucional y legalmente.

3.4. LEY DE NACIONALIDAD.

A raíz de las reformas que sufrió la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Nacionalidad, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de Marzo de 1997, en donde, en términos generales, se introduce la posibilidad de la adquisición de la doble nacionalidad, se hizo necesario reformar la Ley de Nacionalidad, para poder ajustarla a las nuevas políticas internacionales mexicanas.

Así, esta nueva Ley de Nacionalidad fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1998 y abrogó la Ley de Nacionalidad publicada en fecha 21 de junio de 1993.

La nueva ley, reglamentaria de los artículos 30, 32 y 37, apartados A y B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es de observancia general para toda la República y de orden público, correspondiendo su aplicación al Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores; más sin embargo, para ciertos efectos esta Secretaría recabará opinión de la Secretaría de Gobernación en tratándose de asuntos de naturalización, pérdida de nacionalidad y recuperación de ésta.

Es un cuerpo normativo de 37 artículos, con aplicación supletoria del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

La Ley de Nacionalidad se compone de V capítulos:

Capítulo I.- Disposiciones Generales.

Capítulo II.- De la Nacionalidad Mexicana por Nacimiento.

Capítulo III.- De la Nacionalidad Mexicana por Naturalización.

Capítulo IV.- De la Pérdida de la Nacionalidad Mexicana por Naturalización.

Capítulo V.- De las Infracciones y Sanciones Administrativas.

3.4.1 ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD MEXICANA.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 30, reformado con vigencia al 21 de marzo de 1998, dispone que:

"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, el. o de madre mexicana nacida en territorio nacional.

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

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

De lo anterior se desprende que aumentaron las formas en que puede adquirirse la nacionalidad mexicana, tanto por nacimiento, -al haberse reformado la fracción II y III del inciso A-, como por naturalización, -al reformarse la fracción II del inciso B-, respecto del artículo constitucional

aludido, hasta antes de marzo de 1998.

Sin ser finalidad del presente trabajo el transcribir cuerpos normativos, dada la trascendencia jurídica y lo novedoso del tema, es que se citan textualmente los artículos de la Ley de Nacionalidad reformada, que hacen alusión a su adquisición.

Artículo 12.- "Los mexicanos por nacimiento que salgan del territorio nacional o ingresen a él, deberán hacerlo sin excepción, ostentándose como nacionales, aun cuando posean o hayan adquirido otra nacionalidad".

Artículo 13.- "Se entenderá que los mexicanos por nacimiento que posean o adquieran otra nacionalidad, actúan como nacionales respecto a:

I. Los actos jurídicos que celebren en territorio nacional y en las zonas en que el Estado Mexicano ejerza su jurisdicción de acuerdo con el derecho internacional. y

II. Los actos jurídicos que celebren fuera de los límites de la jurisdicción nacional, mediante los cuales:

a) Participen en cualquier proporción en el capital de

cualquier persona mexicana o entidad constituida o organizada conforme al derecho mexicano, o bien, ejercer el control sobre dichas personas o entidades:

b) Titularidad de créditos a una persona o entidad mencionada en el inciso anterior, y

c) Detenten la titularidad de bienes inmuebles ubicados en territorio nacional u otros derechos cuyo ejercicio se circunscriba al territorio nacional".

Es importante destacar el contenido del artículo 16, que a la letra dispone:

"Los mexicanos por nacimiento a los que otro estado considere como sus nacionales, deberán presentar el Certificado de Nacionalidad Mexicana, cuando pretenda acceder al ejercicio de algún cargo o función para el que se requiera ser mexicano por nacimiento y que no adquiera otra nacionalidad. Al efecto, las autoridades correspondientes deberán exigir a los interesados la presentación de dicho certificado.

En el caso de que durante el desempeño del cargo o función adquieran otra nacionalidad, cesarán inmediatamente en sus funciones".

Para mejor comprensión del dispositivo en cita, cabe definir qué se entiende por Certificado de Nacionalidad Mexicana: así, el artículo 2. fracción II, lo conceptualiza como "el instrumento jurídico por el cual se reconoce la nacionalidad mexicana por nacimiento y que no se ha adquirido otra nacionalidad". Este documento lo expide la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Por lo que respecta a la nacionalidad mexicana por naturalización, el artículo 19 de la ley de la materia establece:

"El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá:

I. Presentar solicitud a la Secretaría en la que manifieste su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana;

II. Formular las renunciaciones y protestas a que se refiere el artículo 17 de este ordenamiento:

La Secretaría no podrá exigir que se formulen tales renunciaciones y protestas sino hasta que se haya tomado la decisión de otorgar la nacionalidad al solicitante. La carta de naturalización se otorgará una vez que se compruebe que ésta

se ha verifi-

III. Probar que sabe hablar español, conoce la historia del país y está integrado a la cultura nacional.

IV. Probar que ha residido en territorio nacional por el plazo que corresponda conforme al artículo 20 de esta ley.

Para el correcto cumplimiento de los requisitos a que se refiere este artículo, se estará a lo dispuesto en el reglamento de esta ley".

Artículo 20. El extranjero que pretenda ser mexicano deberá acreditar que ha residido en territorio nacional cuando menos durante los últimos cinco años inmediatos anteriores a la fecha de su solicitud, salvo lo dispuesto en las fracciones siguientes:

I. Bastará una residencia de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado:

a) Sea descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento:

b) Tenga hijos mexicanos por nacimiento:

c) Sea originario de un país latinoamericano o de la Península Ibérica. o

d) A juicio de la Secretaria. haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la nación. En casos excepcionales, a juicio del titular del Ejecutivo Federal, no será necesario que el extranjero acredite la residencia en el territorio nacional a que se refiere esta fracción.

II. La mujer o varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, deberán acreditar que han residido y vivido de consuno en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional, durante los dos años inmediatos anteriores a la fecha de la solicitud.

No será necesario que el domicilio conyugal se establezca en territorio nacional, cuando el cónyuge mexicano radique en el extranjero por encargo o comisión del Gobierno Mexicano.

En el caso de matrimonios celebrados entre extranje-

ros, la adquisición de la nacionalidad mexicana por uno de los cónyuges con posterioridad al matrimonio, permitirá al otro obtener dicha nacionalidad siempre que reúna los requisitos que exige esta fracción, y

III. Bastará una residencia de un año inmediato anterior a la solicitud, en el caso de adoptados, así como de menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos.

Si los que ejercen la patria potestad no hubieren solicitado la naturalización de sus adoptados o de los menores, éstos podrán hacerlo dentro del año siguiente contado a partir de su mayoría de edad, en los términos de esta fracción.

La Carta de Naturalización producirá sus efectos al día siguiente de su expedición".

Igualmente se cree necesario asentar cómo la propia Ley de Nacionalidad conceptualiza a la Carta de Naturalización:

"Instrumento jurídico por el cual se acredita el otorgamiento de la nacionalidad mexicana a los extranjeros" (Artículo 2, fracción III).

Resulta importante resaltar, que también se reformó el artículo 32 de la Constitución, en el sentido de admitir la doble nacionalidad, como el derecho de los mexicanos que posean otra nacionalidad extranjera de conservar u obtener la nacionalidad mexicana, así como sentar las normas tendientes a evitar conflictos de doble nacionalidad.

Igualmente se reglamenta una serie de restricciones, entendidas como impedimentos para que mexicanos con otra nacionalidad extranjera no ejerzan determinados cargos y funciones públicas, ni ingresen al Ejército, Armada, o Fuerza Aérea, fuerzas de policía o seguridad pública, así como, en una manera general, ser personal que tripule cualquier embarcación o aeronave amparada con bandera o insignia mercante mexicana.

3.4.2 PERDIDA DE LA NACIONALIDAD MEXICANA.

El artículo 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado, establece las causas de pérdida de la nacionalidad mexicana, así como de la ciudadanía; para los efectos del presente trabajo, sólo se estudiará lo referente a la nacionalidad.

Así, manifiesta el mencionado dispositivo:

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

A) Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad.

B) La nacionalidad mexicana por naturalización se pierde en los siguientes casos:

I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero. y

II. Por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

A este respecto, lo primero que llama la atención es que la nacionalidad por nacimiento no puede perderse por ningún motivo, cualquier actitud despectiva o de menosprecio para con la patria, podrá castigarse, e incluso penalmente, pero se insiste, no es causa de pérdida de la nacionalidad. Lo que si ocurre en la nacionalidad mexicana por naturalización, en los supuestos que arriba se anotaron.

La nueva Ley de Nacionalidad dispone al respecto que:

Artículo 27.- "La nacionalidad mexicana por naturalización, previa audiencia del interesado, se pierde de conformidad con lo que establece el artículo 37 apartado B. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Artículo 28.- "Las autoridades y fedetarios públicos están obligados a comunicar a la Secretaría aquellos casos en que tengan conocimiento de que un mexicano por naturalización se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 37. apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicho aviso deberá realizarse dentro de los cuarenta días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha de que se tuvo conocimiento de los hechos mencionados".

Artículo 29.- "La pérdida de la nacionalidad mexicana por naturalización exclusivamente afectará a la persona sobre la cual recaiga la resolución respectiva".

Artículo 30.- "La adopción no entraña para el adoptado ni para el adoptante la adquisición o pérdida de la nacionalidad. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20 fracción III de esta Ley".

Artículo 31.- "En todos los casos de pérdida de la nacionalidad mexicana por naturalización, la Secretaría recabará previamente la opinión de la Secretaría de Gobernación".

Artículo 32.- "Cuando se den los supuestos de pérdida de la nacionalidad mexicana, la Secretaría, previa audiencia del interesado, revocará la Carta de Naturalización".

A este respecto, se puede concluir, que la Secretaría de Relaciones Exteriores, es la autoridad competente para otorgar y revocar la nacionalidad mexicana por naturalización; que los artículos transcritos reglamentan el procedimiento para revocarla, y que inclusive, se escucha al propio afectado en su trámite.

C A P I T U L O I V

CONTENCIÓN JURÍDICA DEL INMIGRANTE

IV. CONDICION JURIDICA DEL EXTRANJERO.

4.1 INTERNACION Y ESTANCIA DEL EXTRANJERO EN LA REPUBLICA MEXICANA.

Para iniciar este capitulo, es necesario definir el concepto Extranjero.

Etimológicamente del francés *Extranger*, que es o viene de un pais de otra soberania.¹

En sentido común, extranjero es el natural de una Nación respecto de los naturales de otra.

Jurídicamente, "en relación con una Nación determinada, la persona que no pertenece a ella ni por nacimiento ni por naturalización".²

Conforme al artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Es

1. Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones del Reader's Digest. T. V, México. 1972. p. 1425.

2. DE PINA Rafael y De Pina Vara Rafael. Ob. cit., p. 266.

de los extranjeros los que no reúnan los requisitos establecidos por el artículo 30 Constitución Mexicana para poder ser considerados como mexicanos por nacimiento o por naturalización.

En consecuencia, según la Constitución Mexicana, el concepto legislativo de extranjero se obtiene por exclusión, en cuanto a las personas físicas, pudiéndose decir que son extranjeros los que no tienen la calidad de mexicanos. Por tanto, las personas físicas carentes de Nacionalidad (apátridas), en nuestro país, caen dentro de la calificación de extranjeros y les es aplicable todo lo que se diga con relación a la condición jurídica de los extranjeros.

Así mismo, la Ley de Nacionalidad en su artículo 2, fracción IV establece que se entiende por extranjero aquél que no tiene la nacionalidad mexicana.

Por otra parte, acerca de que un Estado tenga la obligación de permitir la internación de extranjeros en su territorio, la doctrina no se muestra unánime: el jurista mexicano Manuel J. Sierra dice que no existe en la práctica actual, obligación alguna por parte de un Estado de permitir el ingreso de los extranjeros a su territorio, a pesar de que éstos cumplan con los requisitos que las disposiciones locales

establezcan.

En similares condiciones se inclina el internacionalista J. L. Brierly, quien expresa que ningún Estado legalmente obligado a admitir extranjeros dentro de su territorio.

En contraposición, Alfred Vertross sostiene que con respecto a la admisión de los extranjeros, el Derecho Internacional Común establece que un Estado no puede cerrarse arbitrariamente hacia el exterior. Pero los Estados pueden someter la entrada a determinadas condiciones, impidiendo a ciertos extranjeros o grupos de extranjeros el acceso a su territorio por motivos razonables. Sin embargo, el Derecho Internacional Positivo no reconoce un deber general de los Estados para admitir a los extranjeros a una residencia permanente. Pero cabrá admitir un abuso de derecho cuando, por ejemplo, un Estado poco poblado prohíba sin más la inmigración.

En sentido positivo a la obligación de admitir extranjeros se conduce Niboyet al indicar que un Estado no puede impedir en su territorio el acceso a los extranjeros. Pero este principio, incuestionablemente admitido, tiene algunas limitaciones.

Para Arellano García las diversas opiniones doctrina-

Después sobre si es o no obligatorio para los Estados admitir extranjeros en su territorio. son claros los indicios de que este problema tiene variados y complejos matices derivados de: tratados y convenciones suscritas por los Estados: por tendencias en las legislaciones internas: debido a las necesidades demográficas: debido a características de los extranjeros que pretenden su admisión (cuando no son gratos a un Estado) y por último al objeto de su internación.

Ahora bien, si los Estados tuvieran la obligación general de admitir extranjeros y carecieran del derecho de impedir el ingreso de ellos a su territorio, estarían sufriendo un menoscabo a su facultad de someter a su jurisdicción a las personas dentro de su territorio; por esta razón el poder soberano no tiene obligación de admitir extranjeros si ello no lo ha pactado en un tratado internacional y si no lo dispone así su legislación interna.

Problema muy distinto es que a un Estado no le conviene, en uso de su derecho a rechazar la internación de extranjeros, cerrar absolutamente sus fronteras a éstos, pues si tal hiciera, reduciría sus posibilidades de obtener ventajas económicas de la presencia de extranjeros en su territorio y produciría una aislamiento de graves consecuencias políticas y económicas. También es cuestión diferente que, desde un enfo-

de éstos, no es correcto otorgar un trato desigual a extranjeros provenientes de diferentes Estados si no hay un motivo objetivamente válido y suficientemente razonado.

Aun en el supuesto de una legislación interna o la norma internacional establecida como principio la admisión genérica de los extranjeros, tal internación está sujeta a la reunión de requisitos legales, exigidos en nuestro medio por la Ley de Nacionalidad, la Ley General de Población y el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, principalmente. Estos requisitos, que se convierten en limitaciones, son principalmente de tipo sanitario, diplomático, fiscal, administrativo y económico.

Además de los dispositivos de la Ley General de Población, para que un extranjero pueda introducirse al país, existen otros ordenamientos que de alguna manera le reconocen derecho y obligaciones. La disposición más general que, en derecho común rige a los extranjeros, es el artículo 12 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República en materia federal, y que a la letra dice:

Artículo 12.- "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al Estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sea nacionales o

extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes".

Mediante este dispositivo, se somete genéricamente a los extranjeros a la legislación mexicana: aún en el caso en que la estancia del extranjero sea la más precaria posible, en su calidad de transeúnte, está sometido a nuestra legislación nacional. Además respecto a la situación patrimonial de los extranjeros, ya se han mencionado las limitaciones que establece la Constitución Federal y la posibilidad de salvedades que las leyes secundarias posibilitan. Más sin embargo, cabe apuntar que conforme al artículo 14 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, los bienes muebles que en ellos se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aún y cuando los dueños sean extranjeros. Despreñándose de este precepto la adopción de la *real lex rei citae* no obstante que los dueños de los bienes inmuebles o muebles sean extranjeros.

La internación y residencia en México de extranjeros podrá según el artículo 41 de la Ley General de Población, realizarse bajo dos calidades, a saber: no inmigrante y de inmigrante, las cuales a su vez comportan variadas características y modalidades, mismas que serán objeto de estudio en los puntos que a continuación se realizan.

4.2 CALIDAD MIGRATORIA DE NO INMIGRANTE.

No inmigrante es el extranjero que se interna en el país temporalmente, según lo dispone el artículo 41 de la Ley General de Población, sus modalidades son:

TURISTA:

De acuerdo con la Ley en cuestión, es la persona que se interna en el país con fines de recreo o salud, para actividades artísticas, culturales o deportivas no remuneradas ni lucrativas, con temporalidad máxima de seis meses improrrogables.

Esta característica migratoria tiene dos rasgos distintivos:

* Supone que las actividades que se efectúan a su amparo no serán remuneradas ni lucrativas..

* Su temporalidad se limita a seis meses. Con esta característica migratoria se interna el mayor número de extranjeros a México. Respecto al plazo máximo de estadía, el reglamento de la ley establece que sólo por enfermedad que impida viajar, o por causa de fuerza mayor, podrá fijarse un

plazo adicional para su salida. En el caso correspondiente, deberá señalarse el centro consular en el que el extranjero se encuentre radicado. En su caso, exhibirse el certificado médico correspondiente o cuando menos precisar y justificar la causa mayor que le impide la salida.

TRANSMIGRANTE:

Es el extranjero en tránsito hacia otro país que puede permanecer en territorio nacional hasta por treinta días comprobando su permiso de admisión en el país de su destino, y no puede cambiar su característica por otra, conforme al artículo 59 de la Ley General de Población.

VISITANTE:

Es conforme al artículo 64 de la Ley en cuestión, aquél extranjero que se interna al país con el fin de realizar una actividad lícita sea científica, técnica, artística o deportiva con el carácter de lucrativa, por un plazo de seis meses prorrogable.

CONSEJERO:

Cuando la finalidad del extranjero es de asistir a

asambleas o juntas de consejeros o actividades relacionadas con estas. Por las que perciba una remuneración se les permite entrar y permanecer por seis meses con estancias múltiples limitadas a treinta días.

ASILADO POLITICO:

Dentro del Derecho Internacional es una figura de gran trascendencia: conforme al artículo 35 de la Ley General de Población y 101 del Reglamento respectivo, es aquel extranjero que se interna en el país con el fin de proteger su vida o su libertad por un plazo discrecional, y con la posibilidad de obtener otra característica migratoria.

ESTUDIANTE:

El extranjero que pretende iniciar, completar o perfeccionar sus estudios en México, puede permanecer en el país por el plazo necesario para terminarlos, con la obligación de que compruebe cada año que percibe periódicamente los medios económicos para vivir y que está realizando sus estudios (artículo 102 del Reglamento a la Ley General de Población).

VISITANTE LOCAL:

Son los extranjeros que ingresan por puertos o ciudades fronterizas por un plazo de tres días. Es inexplicable por que tanto esta característica como la siguiente, o sea, la de visitante provisional, no estén sujeta a la misma prohibición que la de transmigrante, en el sentido de que no pueden cambiarse por otras calidades migratorias.

VISITANTE PROVISIONAL:

Se concede a las personas que necesitan poner en regla sus documentos por un plazo de treinta días y previo otorgamiento de depósito o fianza que garantice su salida. Ello de acuerdo al artículo 105 del Reglamento a la Ley en cuestión.

VISITANTE DISTINGUIDO:

Esta categoría se refiere a personas de prestigio internacionalmente reconocido, que pueden permanecer seis meses en el país. Los periodistas se asimilan a esta categoría.

4.3 CALIDAD MIGRATORIA DE INMIGRANTE.

Según el artículo 44 de la Ley General de Población.

el inmigrante es el extranjero que ingresa legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado.

Esta calidad tiene ocho diversas modalidades:

RENTISTA:

Es la persona que ha decidido ingresar a territorio mexicano para vivir de sus recursos traídos del extranjero, de los intereses que le produzcan la inversión de su capital en certificados, títulos y bonos del Estado o de instituciones nacionales de crédito y otras que determine la Secretaría de Gobernación o cualquier ingreso permanente que provenga del exterior. El monto mínimo requerido será el que se fija en el reglamento de la ley en cuestión. La Secretaría de Gobernación podrá autorizar a los rentistas para que presten servicios como profesores, científicos, investigadores o técnicos, cuando estime que dichas actividades resulten benéficas para el país.

INVERSIONISTAS:

Es el extranjero que ingresa en territorio nacional para invertir su capital en la industria, comercio y servi-

de conformidad con las leyes respectivas, siempre que contribuya al desarrollo económico y social del país, y que se mantenga durante el tiempo de residencia del extranjero el monto mínimo que fije el reglamento de dicha ley. Para conservar esta característica, el inversionista deberá acreditar que mantiene el monto mínimo de inversión que le exige la ley.

PROFESIONAL:

Es aquel extranjero que ingresa al territorio nacional para ejercer una profesión. En el caso de que se trate de profesionistas que requieran título para su ejercicio, se deberá cumplir con lo ordenado por las disposiciones reclamatorias del artículo 33 constitucional en materia de profesiones. Después de muchos años de restricciones al ejercicio profesional de extranjeros en México, se abre dicha oportunidad para quien se interne en territorio nacional con esa calidad migratoria y pueda ejercer su profesión.

CARGO DE CONFIANZA:

Esta calidad se le autoriza al extranjero que ingresa en territorio nacional para asumir cargos de dirección, de administrador único u otros de absoluta confianza en empresas o instituciones establecidas en la República, siempre que a

función de la Secretaría de Gobernación en la duplicidad de cargos y el servicio de que se trate durante la internación.

La disposición comentada otorga a la Secretaría de Gobernación un amplio margen de discrecionalidad pues bajo el amparo de esta característica pueden ser canalizadas las personas que no cumplan, en realidad, una estricta función de confianza o dirección.

CIENTIFICO:

Es el extranjero que se interna en el país para dirigir o realizar investigaciones científicas, para difundir sus conocimientos, preparar investigadores o realizar trabajos docentes. Las actividades que contempla esta categoría migratoria, son variadas, entre ellas: dirigir investigación; realizar investigación; difundir conocimientos científicos y efectuar labores de docencia.

TECNICO:

Es el extranjero que ingresa al país para realizar la investigación aplicada dentro de la producción o desempeñar funciones técnicas o especializadas que no pueden ser prestadas, a juicio de la Secretaría de Gobernación, por los residentes del país.

A diferencia del científico, cuya labor es la investigación básica, el técnico aplica los conocimientos obtenidos por la investigación científica. Otra diferencia es que en el desempeño de las funciones técnicas no pueden en principio ser efectuadas por los residentes del país, sean éstos extranjeros o nacionales.

FAMILIARES:

Son los extranjeros que se internan en el país, para vivir bajo la dependencia económica del cónyuge o de un pariente consanguíneo, inmigrante, inmigrado o mexicano en línea recta, sin límite de grado o transversal hasta el segundo (los hijos, nietos, hermanos o abuelos, en los primeros casos).

Cuando se trate de varones, éstos tendrán que ser menores de edad, o tratarse de personas con algún impedimento para trabajar. Quien solicite la internación bajo esta modalidad deberá demostrar solvencia económica, y quien tenga dicha calidad migratoria no podrá desarrollar actividades lucrativas, excepto en los casos que expresamente señale el reglamento de la Ley General de Población en su artículo 120, Fracción V.

ARTISTAS Y DEPORTIVISTAS:

Son los extranjeros que ingresan a territorio nacional para realizar actividades artísticas, deportivas o análogas, siempre que a juicio de la Secretaría de Gobernación, dichas actividades resulten benéficas para el país. Se trata de personas que por razones personales se encuentran domiciliadas en nuestro país durante mucho tiempo a través del cual se asimilan a nuestro medio y por ello es justo dar la oportunidad de permanecer en éste.

Los inmigrantes en general, después de residir por 5 años en el país, pueden solicitar su categoría de inmigrados que les da derecho de residencia definitiva en México.

C A P I T U L O V

EL TRAFICO ILEGAL DE
EXTRANJEROS EN MEXICO

V. EL TRAFICO ILEGAL DE EXTRANJEROS EN MEXICO.

5.1 NATURALEZA JURIDICA DEL TRAFICO DE INDOCUMENTA- DOS.

Además del Código Penal Federal, existe un gran número tanto de leyes administrativas como de otra naturaleza, también de carácter federal, que contienen un capítulo de delitos, o algunas disposiciones relativas a delitos especiales. Sin embargo, esta multiplicidad normativa carece de criterios uniformes para tipificar los delitos, fijar el monto de las penas, etc.

En efecto, el Código Penal no agota todo el contenido del derecho penal; en el sistema jurídico mexicano existe un enorme número de normas extravagantes en relación con el Código Penal, los cuales constituyen un complejo heterogéneo al que se suele denominar delitos especiales o derecho penal especial.¹

El fenómeno de lo que la doctrina llama "Descodifica-

1. GARCIA Domínguez, Miguel Ángel. Los Delitos Especiales Federales, Edit. Trillas, México, 1987, p. 30.

ció". es relativamente reciente. voces autorizadas afirman que los códigos están en un proceso de decadencia, que tanto los estudiosos del derecho, como los legisladores y hasta en un momento dado, el pueblo en general comprenden que los códigos resultan insuficientes para regular la convivencia social y que esto se debe a que las leyes especiales han adquirido un lugar preponderante en el ámbito del derecho, existen una tendencia hacia la especialización de las leyes, cuestión que se manifiesta en casi todas las ramas del Derecho, tanto a nivel nacional, como internacional.

De esta forma, en este capítulo, esencia del trabajo de tesis, se pretende analizar la situación que guardan los indocumentados en nuestro país, así como las figuras típicas en las que pueden encuadrar las personas que se dedican a introducirlos o traficar con ellos, es decir, que concretamente cometen el delito de tráfico de indocumentados.

Así, el delito de tráfico de indocumentados que se encuentra previsto en la Ley General de Población, precisamente en su artículo 138, a la letra dice:

"Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumir la

conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente.

Igual pena se impondrá a quien por sí o por medio de otro u otros introduzca, sin la documentación correspondiente expedida por autoridad competente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano, o con propósito de tráfico, los albergue o transporte por el territorio nacional con el fin de ocultarlos para evadir la revisión migratoria.

A quien a sabiendas proporcione los medios, se preste o sirva para llevar a cabo las conductas descritas en los párrafos anteriores, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión y multa hasta el equivalente a cinco mil días de salario mínimo conforme al que esté vigente en el Distrito Federal.

Se aumentarán hasta en una mitad las penas previstas en los párrafos precedentes, cuando las conductas descritas se realicen respecto de menores de edad; o en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de los indocumentados; o bien cuando el autor del delito sea servidor público".

En el primer párrafo, la conducta comisiva consiste en pretender llevar o llevar efectivamente mexicanos o extranjeros, con propósito de traficar, a internarse a otro país sin la documentación correspondiente. De tal forma que el sujeto activo puede ser cualquier persona por sí mismo o a través de una tercera, tanto nacional como extranjero. El objeto material del delito pueden ser tanto mexicanos como extranjeros.

La palabra traficar significa, comerciar, negociar, obtener un lucro, una ganancia. La conducta implica no sólo el llevar a las personas indocumentadas a internarse a otro país, sino que se castiga con la misma pena el pretender, o sea, el tener la intención sin llegar a consumir el traslado.

El internamiento se refiere a introducir personas a otro país sin la documentación necesaria para poder acreditar su legal estancia, esto es, sin pasaporte o sin la visa respectiva. El "llevar" parece indicar que implicará su traslado hacia el país de destino, a través de cualquier medio de transporte, sea marítimo, terrestre o aéreo.

En el segundo párrafo, se castigan dos conductas:

1º Introducir extranjeros a territorio mexicano sin la documentación exigida por las autoridades migratorias.

2o Con el propósito de tráfico, esto es, recibiendo el sujeto activo una contraprestación, generalmente de carácter económico, albergarlos o transportarlos por el territorio nacional con el objetivo de evadir la revisión migratoria, que se traduce básicamente en esconder en cualquier lugar y por cualquier medio a estas personas.

En el tercer párrafo se castiga a las personas que faciliten los medios, que se presten o sirvan para llevar a cabo las conductas mencionadas, es decir, igualmente se consideran culpables del delito de tráfico de indocumentados, a aquellos que colaboren indirectamente proporcionando recursos económicos, de transporte, lugares o inmuebles donde puedan ocultarse o inclusive darles hospedaje a los indocumentados.

En el cuarto párrafo, se establece un aumento de pena para los supuestos de cuando los indocumentados sean menores de edad, o bien, que las conductas delictivas se realicen poniendo en peligro su salud, su integridad o su vida misma. Esto es, que al transportarlos se utilice cualquier medio que ponga en peligro su salud o su vida, ya sea, tanto por el transporte en sí mismo o por la persona que quizá carezca de pericia suficiente para manejar el transporte, o bien, porque los trasladen por lugares riesgosos o carentes de seguridad, como puede ser a través de algún río y las gentes no sepan

nadar. o por lugares pantanosos. lugares donde haya animales salvajes. o que el clima y las temperaturas sean extremas. etc. También puede ponerse en peligro la salud de los indocumentados, cuando, por ejemplo. con tal de ocultarlos de las autoridades migratorias. se les prive inclusive. en la transportación. de alimento o agua indispensables para subsistir en los días que dure el traslado.

Por último. el aumento de pena también se hace efectivo para cuando los autores del ilícito sean precisamente los servidores públicos. esto en virtud de la función misma que están desempeñando y que se supone que es de absoluta confianza y de buena fe para con el Gobierno y los ciudadanos.

En consecuencia. se pueden resumir las formas de conducta que todas y cada una de ellas que actualizan el delito de tráfico de indocumentados, en la siguiente forma:

1o Que las personas que se internen a otro país extranjero sean mexicanos o extranjeros indocumentados; que las que se introduzcan a territorio nacional sean extranjeros indocumentados.

2o El sujeto activo puede ser cualquier persona. tanto autores intelectuales del ilícito como quienes materialmente

lo realicen o colaboren a su consumación.

3o La conducta comisiva debe ser tendiente a obtener una contraprestación económica. esto es. traficar.

4o La conducta implica el internamiento a otro país pretendiendo llevar o llevándolos: introducirlos al territorio mexicano; albergarlos o transportarlos por territorio nacional para ocultarlos y así evadir la revisión migratoria: proporcionar los medios o prestarse para consumir la conducta.

5o Las agravantes a estas figuras son que los indocumentados sean menores de edad; que al realizar las conductas se ponga en peligro su integridad, salud y vida; y finalmente. que sea cometido el ilícito por un servidor público.

Resulta importante destacar, que además de la Ley General de Población. la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada también tipifica la conducta del tráfico de indocumentados.

Esta ley. tiene por objeto establecer reglas para la investigación. persecución. procesamiento. sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden

público y de aplicación en todo el territorio nacional (Art. 1).

En el artículo 2 de este cuerpo normativo federal, se establece qué se entiende por delincuencia organizada y enumera una serie de conductas que se tipifican como ilícitos.

Así, la delincuencia organizada se presenta cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que la propia ley prevé.

En la fracción III de este artículo se establece la comisión del delito de Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población.

De esta forma, vemos nuevamente una evidente descodificación, ahora en una ley de reciente creación, en la que para que se considere cometido el tráfico de indocumentados con las características y presupuestos previstos en la Ley General de Población, se hace necesario que sea cometido por miembros de la delincuencia organizada, esto es, básicamente para que se aplicable esta ley, debe de cometerse el delito por tres o más personas que estén organizadas. En consecuen-

cia. el sujeto activo del ilícito conforme a este ley, y que lo diferencian del sujeto activo de la Ley General de Población, es que deben ser forzosamente tres o más personas que acuerden organizarse o se organicen, como pueden ser lo que comúnmente se conoce como "las bandas" de delinquentes, en este caso, dedicadas al tráfico de indocumentados. En tanto que para la Ley General de Población, pueden ser el sujeto activo una sola persona o dos, puesto que si ya son tres o más, será aplicable la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Además, conforme al artículo 4. fracción II, sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, el miembro de la delincuencia organizada se le aplicará:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta o doce mil quinientos días multa.

Así mismo, se decomisarán los objetos, instrumentos o

productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

Igualmente, esta ley en su artículo 5. señala como agravantes que aumentan la penalidad hasta en una mitad, cuando los autores del ilícito sean servidores públicos o se utilice a menores de edad o incapaces para cometerlo.

5.2 ASPECTOS PROCESALES.

En este punto, se estudiará cuál es el procedimiento que ha de seguirse para fincar responsabilidad penal a los infractores de la Ley General de Población y su Reglamento, que implique, precisamente, la comisión del delito de tráfico de extranjeros indocumentados en territorio nacional. Ya que si bien existe un Código de Procedimientos Penales de carácter federal, también resulta que existen reglas especiales de procedibilidad en los supuestos analizados.

En principio, se debe considerar que el procedimiento penal aplicable a este tipo de ilícitos, es precisamente el previsto en el Código de Procedimientos Penales Federal: es

decir, al igual que en cualquier otro tipo de delitos del orden federal, el procedimiento iniciará con la Averiguación Previa a cargo del Ministerio Público Federal: si éste considera que se han comprobado los elementos que integran el tipo, consignará ante el órgano jurisdiccional competente, que sería un Juez de Distrito, para llevar a cabo ante él las etapas de instrucción y juicio, para finalmente llegar a la ejecución de sentencia.

Sin embargo, a continuación se puntualizarán circunstancias especiales respecto al inicio de este procedimiento en tratándose del delito de tráfico de indocumentados:

Primeramente, se hace necesario aclarar que las funciones y responsabilidades de la autoridad migratoria tienen como fundamento legal el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley General de Población y su Reglamento, el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y el 18 del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación. Disposiciones en las que se precisan las facultades conferidas al Ejecutivo Federal y a la Secretaría de Gobernación con el propósito de regular y vigilar los programas de desarrollo económico y social, y en consecuencia influir en la dinámica de la población.

Las funciones de inspección, vigilancia y control migratorio, se encuentran contenidas además, en los artículos 9. 10. 16. 17. 22. 24 y 28 de la Ley General de Población y 140 a 147 del su Reglamento.

Así, conforme al artículo 7º de la Ley General de Población, le corresponde a la Secretaría de Gobernación, por lo que se refiere a los asuntos de orden migratorio, entre otras facultades, vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros, y revisar la documentación de los mismos, además de aplicar esta ley y su reglamento.

El Reglamento de la Ley General de Población, en su artículo 140, se establece que las autoridades migratorias tendrán facultad para ejercer sobre los extranjeros que se encuentren en el país, las funciones de inspección y vigilancia que correspondan y aplicar las sanciones establecidas en la Ley, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos legales, observando en todo caso, el respeto a los derechos humanos, y con apego a los procedimientos legales correspondientes.

El trabajo de inspección, debe sujetarse a los siguientes aspectos:

1.- Quien la realice debe contar con un Oficio de Comisión.

(1) Oficio de Comisión indicara el objeto del acto de inspección.

3.- El lugar donde se va a efectuar dicha comisión.

4.- El nombre de la persona a quien va dirigido.

5.- Fecha y fundamento legal.

6.- Nombre del o los Servidores Públicos que lo realizan.

7.- Nombre y cargo del Servidor Público que la ordena.

8.- El Servidor Público comisionado deberá identificarse ante la persona donde realice la inspección.

Al extranjero o particular se le levantará Acta Administrativa de la que se le dejará copia, permitiéndole que en ella ejerza derecho de audiencia, de tal forma que manifieste lo que a su interés convenga o aporte las pruebas que considere convenientes.

Conforme al artículo 148 del Reglamento, la facultad de imponer las sanciones establecidas en la Ley, compete al Secretario, Subsecretario y Director General de Servicios Migratorios de la Secretaría de Gobernación. Sin embargo, cuando la infracción implique la comisión de un delito tipificado en la Ley de la materia, se procederá por las autoridades

de migración, a levantar un acta administrativa en la que se consiernen con toda claridad los hechos y los documentos y, en general, las pruebas respectivas. El original del acta así levantado, con sus anexos, se enviará al agente del Ministerio Público Federal que corresponda, para los efectos a que hubiere lugar y una copia cada una de las Direcciones Generales de Servicios Migratorios y de Asuntos Jurídicos de la Secretaría (Art. 150 del Reglamento).

Además, según el artículo 144 del Reglamento, en caso de comisión de un delito, se procederá a poner a la persona a disposición de la autoridad correspondiente, que es precisamente el Ministerio Público Federal, ya que conforme al artículo 143 de la Ley General de Población, el ejercicio de la acción penal por esta autoridad, estará sujeto a la querrela que en cada caso formule la Secretaría de Gobernación.

Asimismo, se hace necesario aclarar que con fecha 19 de octubre de 1993, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Migración como Órgano Técnico Desconcentrado, dependiente de la Secretaría de Gobernación, el cual 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 de la Administración

Pública Federal, que concurren a la atención y solución de los asuntos relacionados con la materia.

Según lo establecido en el artículo 3º, fracción XXIII del Decreto, el Instituto tiene la facultad de formular las denuncias y querellas que legalmente procedan y otorgar el perdón en aquellos delitos que se persiguen por querrela.

En consecuencia, le compete a la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración, interponer las querellas que correspondan ante la comisión de los ilícitos previstos en la Ley General de Población.

De esta forma, una vez que se tiene conocimiento de la localización de extranjeros indocumentados en el territorio nacional, la autoridad migratoria -si no fue la que conoció primeramente del hecho- procederá a trasladarse al lugar de localización, donde se interrogará a los indocumentados acerca de las circunstancias de su internación, lo que se hará constar en actas administrativas, procurando en todo momento establecer si la internación la hicieron con ayuda o sin la misma para poder determinar la posible existencia de personas que se encuentren en la hipótesis del artículo 138 de la Ley General de Población.

Una vez que se hubiere llegado a tal extremo, con las actas administrativas se procederá a hacer del conocimiento a la Dirección Jurídica del Instituto Nacional de Migración del resultado del interrogatorio, y en tal caso, dicha Dirección estimará si es o no pertinente realizar la querrela necesaria ante el Ministerio Público Federal para que realice sus constitucionales facultades en la persecución de los delitos.

5.3 PROBLEMATICA ACTUAL DEL TRAFICO DE INDOCUMENTADOS EN MEXICO.

5.3.1 EVOLUCION DEL REGIMEN JURIDICO DE LOS EXTRANJEROS EN MEXICO.

En este contexto, en virtud de los grandes cambios que con motivo de la globalización de nuestros días, es importante señalar que, como mencionó el Subsecretario de Población y Servicios Migratorios durante el "Simposio Extranjeros y los Derechos Humanos Según su Calidad y Característica Migratoria en 1992", migración y Derechos Humanos son dos cuestiones estrechamente vinculadas. La condición de migrante en sí misma, tiene que ver con problemas sociales y humanos que colocan al individuo en situación de desventaja, debilidad y, en ocasiones, de verdadero desamparo.

Sin embargo, aun en el tema de los Derechos Humanos, existen vertientes diversas respecto de la política que en materia migratoria se aplica por nuestro Gobierno, por lo cual, se hace necesario observar este punto de vista, y qué mejor ejemplo que lo referido a la facultad discrecional en materia migratoria.

Facultad discrecional es "aquella que la ley otorga a la administración pública y que consiste en un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o cómo debe obrar, o en fin, qué contenido va a dar a su actuación". Así, se puede definir que la facultad discrecional en materia migratoria es aquella otorgada por la ley secundaria a la administración pública, que le permite resolver de acuerdo a sus libres consideraciones de oportunidad y conveniencia, sobre la entrada, salida, el tránsito interno y la permanencia de extranjeros en la República Mexicana.

Conforme a la Ley General de Población, como ya se ha señalado, la Secretaría de Gobernación goza de facultades discrecionales que le permiten en resumen: autorizar o negar a extranjeros su internación al país, la renovación de su permanencia en el país como inmigrantes o no inmigrantes, su permanencia definitiva en el país como inmigrados, la entrada, salida, el tránsito interno y la permanencia de extranjeros en

el país. En general, todas las determinaciones basadas en el interés público de la Nación.

Lo importantes aquí, es que la Ley General de Población nunca establece qué debe entenderse por interés público para el país, sino que también deja la definición de dicho concepto a la mencionada Secretaría de Gobernación.

Otro ejemplo de las dificultades que acarrea la discrecionalidad de la aplicación de la política migratoria, se observa cuando aparece información que habla de la colaboración de las autoridades migratorias mexicanas con las autoridades estadounidenses, cuyo objetivo es frenar el flujo de ciudadanos de terceros países por nuestro territorio. Con esa política, que intenta justificarse con una lógica de seguridad, se han creado condiciones para la violación de Derechos Humanos de migrantes, hechos que se denuncian cuando se aplica a nuestros nacionales en los Estados Unidos.

Así pues, sin negar todo lo positivo que tiene nuestra política migratoria, es justo decir que también tiene manchas explicables por la discrecionalidad con la que se maneja.

5.3.2 CUESTIONAMIENTOS A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FACUL-

TAD DISCRECIONAL EN MATERIA DE POLITICA MIGRATORIA.

Primeramente. se debe observar que el Artículo 11 Constitucional establece el derecho de la libertad de tránsito: todo hombre. nacional o extranjero. tiene derecho para entrar a la República Mexicana. salir de ella. viajar por su territorio. mudar de residencia y permanecer en ella. sin más restricciones que las correspondientes a las facultades de las autoridades administrativas. por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre inmigración. emigración. salubridad general de la República y sobre extranjeros perniciosos en el país.

Del analisis conjunto de este precepto constitucional. con el articulo 89. fracción I de la propia Constitución. que establece la facultad y obligación del Presidente de la República de ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión. se tiene que la facultad de las autoridades administrativas. en lo que concierne a las leyes sobre inmigración. se reduce a la simple ejecución expresada en dichas leyes. respecto de la entrada, salida, permanencia y tránsito interno de los extranjeros en el país.

En los términos así descritos. las limitaciones a la libertad de tránsito de los extranjeros en el país. sólo las

queden imponer las leyes, por lo que a las autoridades administrativas sólo les corresponderá la ejecución de dichas limitaciones.

Sin embargo, como a simple vista se aprecia, la Ley General de Población, no sólo no define las limitaciones a la libertad de tránsito, sino que, mediante el otorgamiento de facultades discrecionales, permite a la Secretaría de Gobernación la determinación de dichas limitaciones, con la consiguiente delegación de facultades.

5.3.3 PROBLEMAS SOCIALES.

La constante intención de parte de las personas de elevar su calidad de vida, buscando en países que les son extraños el mejoramiento y aseguramiento de un bienestar basado en la capacidad de empleo y oportunidades de mejores salarios que no se ven satisfechos en sus países de origen, hacen que múltiples personas vean en su traslado a otro país la posibilidad de lograr este fin; más la mayoría no podrá cumplir con los requisitos administrativos que en materia migratoria se establecen en países prospectos para la migración, por lo cual, con ese deseo y necesidad, ven en la inmigración ilegal la forma de cumplir con el primer paso para

satisfacer esas necesidades. siendo común que para mayor seguridad en el cumplimiento del anhelo de su traslado a otro país. busquen la "ayuda" de personas dedicadas a esta actividad, quienes "profesionalmente" se encargarán del correspondiente traslado e internación. mediante el pago de cierta cantidad de dinero por dicho "trabajo": cantidades que son bastante altas. y viéndose la persona en la necesidad de sufragar dichos gastos, generalmente contrae deudas que. en la mayoría de los casos. deja a sus familiares y dependientes. empeorándose la situación cuando no logran los objetivos de la internación al ser interceptados por las autoridades y regresados a su lugar de origen sin trabajo.

Lo anterior. sin contar con la desintegración familiar que se presenta al apartarse de ella quien generalmente es el sustento. o bien. cuando la totalidad de la familia intenta su movimiento migratorio irregular, trayendo como consecuencia el impacto social en sus poblaciones.

Aunado a todo esto, el país receptor también. en muchos casos, se ve afectado por el hecho del constante flujo dinámico de diferentes nacionalidades y costumbres en su sociedad.

5.3.4 PROBLEMAS ECONOMICOS.

Existen varios factores que en el aspecto económico se ven influenciados por el antijurídico materia de esta exposición, dependiendo del punto de vista desde el cual se enfoque, pero los más sobresalientes son los siguientes:

* Respecto de los beneficios económicos que se generan a las personas que se dedican al tráfico de indocumentados, se ha señalado constantemente que les generan ganancias bastante elevadas, ajenas a la contribución del gasto público a través del pago de impuestos.

* Desde otro marco, se puede afirmar que, como en el caso de México, se reciben cantidades muy importantes de dinero que reflejan las estadísticas macroeconómicas, derivadas del envío de divisas por parte de nacionales que se emplean en el extranjero, la mayoría de los cuales utilizaron, en su momento, este tipo de internación y traslado al país extranjero.

* El movimiento migratorio ilegal genera problemas económicos, tales como el desplazamiento de fuerza laboral, gastos de deportación, gastos jurídicos en el caso de comisión de un ilícito, gastos de asistencia social y de salud, entre

otros.

5.3.5 PROBLEMAS POLITICOS.

En nuestro país, los efectos y aspectos políticos que conlleva la ejecución de este ilícito no tiene una repercusión trascendente como en otros países (como por ejemplo, en Estados Unidos de Norteamérica), ya que el efecto final del ilícito repercute en el tránsito de las personas indocumentadas hacia aquellos destinos, donde los ataques contra la migración ilegal y sus efectos se utilizan constantemente como bandera para allegarse votantes y para establecer problemas políticos de asistencia social y de salud.

5.3.6. PROBLEMAS ADMINISTRATIVOS.

Por ser el antijurídico de estudio derivado de la violación a una ley administrativa, en la que en la propia autoridad administrativa es la encargada de su observación, control y vigilancia, es factible hacer la afirmación que es precisamente un ilícito eminentemente administrativo, y que sus efectos en forma real influyen en programas administrativos acerca de la migración de personas a territorio nacional:

con lo que se afecta directamente a los lineamientos, programas, reglas de control, desarrollo de vigilancia, integración de coordinaciones administrativas entre las dependencias que confluyen en el cumplimiento de normas de tipo migratorio, tales como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Comunicaciones y Transportes, Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría de Turismo y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con el establecimiento de convenios y acuerdos relativos al flujo migratorio de personas por los distintos métodos aéreos, marítimos y terrestres.

Además, de que como ya se ha mencionado, el ilícito es de competencia, en primer término, por la autoridad administrativa y posteriormente, por la judicial.

5.3.7 PROBLEMÁTICA SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Este punto reviste suma importancia, en virtud de que el legislador federal no lo ha precisado con claridad; en efecto, a través de las múltiples modificaciones que a sufrido la ley de la materia, concretamente el artículo 138, han sido diversos los criterios sustentados: hasta 1980 la finalidad

del tipo penal era evitar la fuga de la fuerza de trabajo: en posterior redacción, el tipo prevenía que, aún cuando existiera la salida de la fuerza de trabajo, ésta debería estar regulada y protegida con una sanción impuesta por la Secretaría de Gobernación, y en la actual redacción se puede interpretar que el tipo protege la afectación de las reglas de la administración pública federal, además la seguridad de la nación, la protección de las leyes y convenios internacionales en materia migratoria, el interés mismo de la colectividad, así como la preservación del interés público nacional.

Por lo que es posible afirmar la ambigüedad del bien jurídico tutelado por el tipo penal especial.

En la práctica, otra cuestión de trascendencia jurídica, es el hecho de que cuando un indocumentado extranjero es detenido por la autoridad administrativa en su paso al vecino país del norte, lejos de preocuparle su propia situación jurídica frente a las autoridades judiciales mexicanas, lo que le reviste mayor impacto, es no lograr su destino, situación que se considera, imposibilita la determinación de la comisión del delito en flagrancia o qué responsabilidad pueda tener cada uno de los sujetos que sean detenidos, porque generalmente las detenciones son masivas y no comunican quién los traslada.

5.4 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

En este apartado se transcribirá la jurisprudencia emitida por nuestro más alto tribunal en el país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el tráfico ilegal de indocumentados.

IMPORTANCIA TRASCENDENTE PARA EL INTERES NACIONAL. DISTINCION ENTRE INTERES PUBLICO Y EL INTERES SUPERIOR DE LA NACION. Si bien pudiera afirmarse que en todos aquellos juicios ordinarios en que la Federación es parte, existe en conflicto intereses de la nación, no todos los casos tienen importancia "trascendente" para los intereses de la misma, existiendo aquel tipo de negocios en que la Federación es parte y no son afectados los intereses superiores de la nación, y aquellos otros en que los intereses de la nación que se ven afectados es considerado de mayor importancia trascendente para los intereses de la nación. Existen, asuntos que trascienden el interés superior de la nación que son aquellos que afectan, en último análisis al interés mismo de la colectividad y otros que sólo afectan al interés público sin que estime que son de importancia trascendente. JURISPRUDENCIA. Séptima Epoca. Primera Parte. Vol. 49. pág. 20. J.O.F. 2/71 Loreto Guadalupe S.A. Unanimidad de 15 votos. Vol. 56. pág. 29 J.O.F. 1/70.

POBLACION. LEY GENERAL DE. EL ARTICULO 138 NO SE REFIERE A LA TENTATIVA DE UN DELITO. El artículo 138 de la Ley General de Población sanciona no sólo a quien introduzca personas a un país extranjero, sino también a quien pretenda hacerlo: si alguien se conduce en esta forma, agota la hipótesis abstracta legal y, por ende, consuma el delito sin poderse hablar de tentativa. En efecto, el precepto comentado crea un tipo de los que la doctrina llama de "resultado anticipado", en los cuales el evento no es el elemento configurativo esencial, porque puede o no tener realidad material, lo que da categoría de delito consumado a una conducta que en un caso distinto sería ejecutiva pero no consumativa del delito. EJECUTORIA. A.D. 4192/80. Juan Rumbo López. 7 de enero de 1981. 5 votos. Ponente Raúl Cuevas. Mecón. Secretario: Víctor Leyva. Interponedor. Informe Primera Sala 1981. Tesis 43. pág. 29.

BRACEROS, TRAFICO ILEGAL DE. (Delito previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población). El artículo 138 de la Ley General de Población establece idéntica sanción para las dos hipótesis previstas en su párrafo primero, que consisten, la primera, en pretender llevar y la segunda en llevar nacionales a trabajar en el extranjero, sin autorización previa de la Secretaría de Gobernación. En estas condiciones el delito se consuma aún cuando no se haya logrado la pretendida introducción del nacional en territorio extranjero, si concurren

los demás elementos del tipo, pues en el caso no son aplicables los artículos 12 y 63 del Código Penal Federal que se refieren a la tentativa, dado que el aludido precepto eleva a la categoría de delito perfecto o consumado, sancionándolo como tal, a los meros actos ejecutivos, tratándose por ende de un tipo cortado o de evento anticipado. EJECUTORIA. A.D. 5020/81. Eliseo Hernández Aragón. 24 de Septiembre de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: Fernando Hernández Reyes. Informe Primera Sala 1981. Tesis 6. pág. 7.

DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACION, CUANDO SE INTEGRA EL. Para la integración de dicho delito es suficiente que la persona se interne o pretenda internarse en otro país, tenga como finalidad el ir a trabajar al extranjero, pues el artículo 138 de la Ley General de Población procura evitar la fuga de la fuerza de trabajo, y como la quejosa tenía el conocimiento de que las personas que transportaba y a las que pretendía introducir en territorio extranjero, lo hacían con el propósito de trabajar, según se advierte en su declaración ministerial, resulta inconcluso en el caso se ha integrado el delito que se analiza. EJECUTORIA. A.D. 7352/80. Manuel Salvador Alcaraz Guijar. 6 de Mayo de 1981, 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: Alfonso M. Patiño Vallejo. Informe Primera Sala 1981. Tesis

19. páo. 13.

POBLACION. LEY GENERAL DE. El artículo 138 prevé no sólo la ejecución del delito, sino que eleva a delito consumado la tentativa del mismo. Si de los elementos de prueba, debidamente adminiculados entre sí y valorados jurídicamente, se lleva a la conclusión de que se encuentra plenamente probado tanto el cuerpo del delito previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población como la responsabilidad en su comisión, dado que se pretendió introducir a los Estados Unidos de Norteamérica a un grupo de personas nacionales y extranjeras sin la previa autorización de la Secretaría de Gobernación, resulta infundado el concepto de violación hecho valer por el quejoso en el sentido de no haber cometido el delito en tanto fue detenido en el momento en que pretendía llevar a cabo el ilícito, pues el citado precepto legal no sólo prevé la ejecución del delito, sino que eleva a delito consumado la tentativa del mismo. EJECUTORIA. A.D. 7667/81. Ricardo González Peña. 7 de Junio de 1982. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretaria: María de Lourdes Ramírez Molina. Informe Primera Sala 1982. Tesis 50. pág. 31 y s.

DELITO PREVISTO POR EL ARTICULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACION NO SE DA SI QUIEN PRETENDE LLEVAR O LLEVE NACIONALES AL EXTRANJERO NO TIENE CONTRATO DE TRABAJO. El artículo 138 de

la Ley General de Población prevé que se impondrá pena de dos a diez años de prisión y multa de diez mil a cincuenta mil pesos, a la persona que por cuenta propia o ajena pretenda llevar o lleve nacionales mexicanos a trabajar en el extranjero, sin autorización previa de la Secretaría de Gobernación, de donde se deduce que el núcleo del delito no es propiamente la introducción ilegal de nacionales a un país extranjero, ni la intención que tenga el sujeto pasivo de trabajar en otro país. El legislador en el tipo penal que se analiza, sanciona la conducta del sujeto activo que previamente tenga el contrato que estipule las condiciones en que habrá de desarrollarse una relación de trabajo, es decir, que la contratación laboral exista antes de realizarse la introducción ilegal o legal del nacional al extranjero y que además dicho contrato no haya sido presentado ante la Secretaría de Gobernación para su sanción, pues no basta la sola afirmación de quien pretenda cruzar o cruce a los nacionales al país extranjero, de que el primero les conseguiría trabajo. EJECUTORIA, A.D. 378/85. Juan Torres Pérez. 4 de Julio de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Agustín Cerón Flores. Secretario: Alfonso Germán Arreola Trejo. Informe del Tribunal Colegiado del Decimo Quinto Circuito 1985. Tesis 4. pág. 363 y s.

C O N C L U S I O N E S .

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El Derecho Penal tiene como finalidad última y como justificación primera el mantenimiento del orden social; fin que se procura realizar atacando los actos que intentan desequilibrar el mencionado orden. Para tal efecto, se crean sistemas de revisión, prevención, control, así como un sistema de punibilidad que se aplicará en función de evitar aquellas conductas que se realicen con la intención de vulnerar el establecido orden imperante, y en su caso, castigar en forma readaptiva, intimidatoria y ejemplar la conducta que efectivamente tienda o de hecho quebrante la normatividad social.

SEGUNDA.- El estudio de los preceptos penales reviste importancia para las sociedades que continuamente, en aras del bienestar de su población, realizan algunas acciones cuyas consecuencias o efectos inevitablemente conllevan a la revisión de sus sistemas económicos, jurídicos, organizacionales y de población; tal es el caso de nuestro país, que al tratar de integrarse a la comunidad mundial y a la rapidez en los cambios que ésta sufre, se plantea la problemática de adaptar su legislación a estándares internacionales permanentes que no choquen, en primer lugar, con el orden jurídico internacional,

ni con el contorno legal interno aceptado y desarrollado por México, para que no se rompa la armonía existente en nuestra sociedad.

TERCERA.- Caso concreto en que México ha tenido que ir adaptándose a las nuevas políticas y necesidades internacionales, es lo referente a la Nacionalidad y, en consecuencia, a los problemas poblacionales. Sin embargo, estas reformas a veces no son realizadas claramente, ni alcanzan los fines para las que fueron creadas; ejemplo específico de esto es el tráfico ilegal de personas extranjeras en territorio nacional.

CUARTA.- Así, se concluye que el tráfico ilegal de indocumentados en el país, es un delito especial, de orden federal, en virtud de que se encuentra contemplado no en el Código Penal Federal, sino en una ley administrativa, la Ley General de Población en el artículo 138.

QUINTA.- La Ley General de Población adolece de establecer cuál es el bien jurídico tutelado en este tipo de ilícitos, lo que crea confusión al no haber un criterio uniforme al respecto; sin embargo, se puede interpretar que lo que se trata de proteger es el orden público en materia poblacional y la seguridad de la Nación, en consecuencia al tratarse de un delito de naturaleza grave no procede conceder

libertad caucional al infractor.

SEXTA.- En cuanto a la ley aplicable para su persecución y castigo pueden presentarse diversas situaciones interesantes: primeramente, es aplicable el Código de Procedimientos Penales Federal, puesto que la Ley General de Población se limita a establecer el tipo más no el procedimiento. Sin embargo, cuando el delito es cometido por tres o más personas que estén organizadas, entonces será aplicable, además, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

SEPTIMA.- Importante resulta señalar, que el tipo penal descrito en la Ley General de Población, no hace distinciones acerca de la consumación del delito y la posible tentativa, ya que como se estudió, se castiga de igual forma a los que pretendan cometer el ilícito y a los que lo cometan, por tanto, se trata de un delito de resultado anticipado y en consecuencia no son aplicables los artículos 12 y 63 del Código Penal Federal que se refieren a la tentativa.

OCTAVA.- La Ley General de Población, otorga facultades discrecionales a la Secretaría de Gobernación para autorizar o negar a extranjeros su internación en el país, la renovación de su permanencia como inmigrantes o no inmigrantes, su permanencia definitiva como inmigrados, así como la entrada,

salida, el tránsito interno y su permanencia. Sin embargo, olvida establecer el legislador, en qué consisten esas facultades discrecionales, qué efectos y limitantes puedan tener y prefiere dejar este concepto -nada preciso- a la mencionada Secretaría, cuando si contamos con un estado de derecho, deja en estado de inseguridad al extranjero al no definir los derechos que éste pueda tener frente a tal facultad discrecional.

NOVENA.- Es muy criticable que el ilícito de estudio, según lo establecido por la Ley General de Población, sea perseguible por querrela a instancia de la Secretaría de Gobernación, a través de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Instituto Nacional de Migración, porque si se considera un delito grave, se deja en manos de funcionarios menores la facultad de interponer dicha querrela.

DECIMA.- Se considera que la finalidad para la cual fue creado el delito de tráfico de indocumentados en territorio nacional, no se ha cumplido, ya que las autoridades encargadas de la vigilancia de este tipo de conductas, se preocupan más por la rápida deportación de los indocumentados al país de origen, que investigar, y en un momento dado ejercitar acción penal, sobre quien realiza el tráfico; ello seguramente se podrá evitar si se implementa un sistema de denuncia,

haciendo a un lado un sistema burocrático, como en la práctica se presenta.

DECIMA PRIMERA.- Como conclusión final, el artículo 138 de la Ley General de Población no cumple con su ratio esencia, ya que, del estudio que se realizó, se observa que lo establecido en el artículo mencionado, no es justo, no es honesto, no es posible, no es conforme a la naturaleza ni a las costumbres patrias, ni conveniente al lugar y tiempo, no es necesaria y no es útil.

B I B L I O G R A F I A

B I B L I O G R A F I A

I. TEXTOS.

- 1.- ACOSTA Romero, Miguel y López Betancourt, Eduardo. Delitos Especiales. 3a ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1994.
- 2.- AMUCHATEGUI Requena, Irma G. Derecho Penal, Editorial Harla, México, 1993.
- 3.- ARCE, Alberto G. Derecho Internacional Privado, Editorial Universidad de Guadalajara, México, 1990.
- 4.- ARELLANO García, Carlos. Derecho Internacional Privado, Edit. Nacional, México, 1960.
- 5.- BURGOA, Ignacio. Derecho Constitucional, Edit. Porrúa, S. A., México, 1991.
- 6.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 20a ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1984.
- 7.- CORTES Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal, 4a ed., Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992.

- 8.- CUELLO Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, Edit. Nacional, México, 1973.
- 9.- DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, 14a ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1986.
- 10.- GARCIA Dominguez, Miguel Angel. Los Delitos Especiales Federales, 1a ed., Edit. Trilla, México, 1987.
- 11.- GARCIA Máñez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 38a ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1986.
- 12.- MOTO Salazar, Efraín. Elementos de Derecho, 33a ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1986.
- 13.- NIBOYET, J.P., Principios de Derecho Internacional Privado, Edit. Nacional, México, 1960.
- 14.- PEREZNIETO Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado, 5a ed., Edit. Harla, México, 1991.
- 15.- SIERRA, Manuel J. Derecho Internacional Público, 2a ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1955.
- 16.- SEPULVEDA, César. Derecho Internacional, 14a ed., Edit.

Porrúa, S.A., México, 1984.

17.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Edit. Cárdenas Editores, México, 1988.

II. LEYES Y CODIGOS.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.
- 3.- Código de Procedimientos Penal Federal.
- 4.- Ley de Nacionalidad.
- 5.- Ley General de Población.
- 6.- Reglamento de la Ley General de Población.
- 7.- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- 8.- Decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Migración como Organo Técnico Desconcentrado, dependiente de la

Secretaría de Gobernación.

III. FUENTES DIVERSAS.

1.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 7ª ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1984.

2.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Edit. Bibliográfica Argentina, S. R. L., Buenos Aires Argentina, 1968.

3.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, de Selecciones del Reader's Digest, México, 1972.