



La regulación del tráfico ilícito de migrantes en México

Eduardo ALCARAZ MONDRAGÓN

Con afecto para mi amigo José Daniel Hidalgo

SUMARIO: I. Delimitación del tema. II. Los derechos humanos y el tráfico ilícito de migrantes. El artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. III. Análisis dogmático del artículo 138 de la Ley General de Población. IV. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. V. Instrumentos del sistema universal de derechos humanos referidos al tráfico ilícito de migrantes.

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

En materia de derechos humanos, el tema migratorio constituye uno de los tópicos más delicados e importantes entre naciones, puesto que posee un doble aspecto: la violación de derechos humanos que se hace dentro del territorio de un Estado, como las violaciones que se realizan a los nacionales de un Estado fuera de su territorio.

Por ello, la regulación del tráfico ilícito de migrantes se encuentra tanto en el aspecto interno, como en el internacional.

Diversas son las causas que producen una violación de derechos humanos de los migrantes víctimas de tráfico por parte de las autoridades encargadas de aplicar los preceptos que regulan al mismo.

El desconocimiento de las disposiciones, así como la falta de capacitación de autoridades, es evidente en muchos de los casos de aplicación inexacta de justicia al caso concreto, por lo que en este sentido es necesaria la difusión del análisis dogmático del tipo penal referido al tráfico ilícito de migrantes.

Nuestro país contiene un sistema normativo jerárquico regulado por el artículo 133 constitucional, que ha sido objeto de múltiples y diversas interpretaciones, en la que se ha ubicado a la Constitución por encima de los tratados internacionales y debajo de éstos a las leyes federales emanadas del Congreso de la Unión.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

En este sentido, el tráfico ilícito de migrantes puede ser analizado desde tres puntos de vista: el constitucional –a través del artículo 11 constitucional, que establece la libertad de tránsito–, el internacional –señalado especialmente por la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus protocolos complementarios–, y las leyes federales emanadas del Congreso de la Unión, --comprendidos por la Ley General de Población en su artículo 138 y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada--.

Por las consideraciones anteriores, en primer lugar, haré referencia a la protección al derecho de libre tránsito de personas, contenido en el artículo 11 constitucional, para de manera posterior, realizar el análisis dogmático del artículo 138 de la Ley General de Población y de la regulación respectiva del tráfico ilícito de migrantes en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada para finalmente, analizar la protección jurídica de los derechos humanos de los migrantes en los instrumentos del sistema universal de Naciones Unidas.

II. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES. EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

1. Constitución y derechos humanos

La razón de los fundamentos, naturaleza y origen de los derechos humanos –o fundamentales– rebasaría los límites de este estudio; sin embargo, creo necesario realizar un breve análisis sobre el concepto de derechos humanos, su situación en México y el lugar que dentro de nuestro sistema jurídico abarcan.

En primer lugar, los derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales, son términos que deben ser analizados mediante categorías, en la que cada una es contenido de la otra; es decir, las garantías individuales son derechos fundamentales y éstos, a su vez, constituyen en su mayoría, el reconocimiento de un derecho humano.

El derecho fundamental, dentro de cualquier sistema jurídico, será aquel que se encuentra previsto en el texto superior de un Estado, en específico, en la Constitución y los tratados internacionales, ya que éstos constituyen “Ley Suprema de toda la Unión”, conforme a mandato constitucional.¹ A decir de Miguel Carbonell, “los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los

¹ La cuestión del orden jerárquico de los distintos ordenamientos jurídicos en nuestro país ha sido tema de amplia discusión. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 133 constitucional ha establecido diversos criterios, el más reciente de ellos, establece que por encima de los tratados internacionales se encuentra la Constitución y por debajo de éstos, las leyes federales que emanen del Congreso de la Unión.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna.”²

En este orden de ideas, las garantías individuales constituyen el mecanismo de protección de un derecho humano, no debiéndose confundir la garantía con el derecho fundamental. Lo anterior ha quedado de manifiesto, en la doctrina mexicana, tal y

como lo ha demostrado en muchos de sus trabajos Héctor Fix-Zamudio, el concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno, una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.³

Se debe tener especial cuidado en la diferenciación de las categorías anotadas en párrafos precedentes, ya que forman parte de un mismo sistema. Siguiendo al mismo autor, “la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Por el contrario. De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados.”⁴

Por ello, debemos analizar lo que se entiende por derechos humanos, ya que su concepto ha llevado a la realización de múltiples teorías, desvirtuando en cierta forma lo que en realidad representan, resultando importante, por tanto, la delimitación del concepto de los mismos.

Para Sergio García Ramírez, los derechos humanos son aquellas “prerrogativas, facultades o protecciones esenciales que todos los individuos tienen en virtud de su condición humana, sin más requisito, exigencia o consideración.”⁵

² Carbonell, Miguel, P. 5

³ Sobre el tema de la relación entre derechos humanos y garantías individuales, un muy interesante comentario lo realiza Héctor Fix-Fierro, al señalar que los derechos humanos son una categoría superior al de garantías individuales, y éstas constituyen el reconocimiento de un derecho humano por el Estado, a pesar del artículo 1º de nuestra Carta Magna vigente, ya que “hay indicios para suponer que el Constituyente de 1917 no tenía una idea precisa de los que implicaban ambas concepciones (y, por lo tanto, tampoco pretendió zanjar la discusión), pero sí consideraba que los derechos debían quedar claramente establecidos y definidos en la Constitución, lo que se puso sobre todo de manifiesto al discutirse los derechos sociales. Hoy se acepta, más allá de las discusiones filosóficas, que los derechos pierden valor si, además, no existen los medios para hacerlos efectivos, es decir, que éstos son tanto o más importantes que la declaración del derecho mismo.”, en Fix-Fierro, Héctor, “Comentario al artículo 1º constitucional”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4ª edición, H. Cámara de Diputados-LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 7.

⁴ *Op. cit.*, p. 9.

⁵ García Ramírez, Sergio, “Derechos humanos, salud y práctica médica”, en *Estudios Jurídicos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 258.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Así, al ser los derechos humanos esencia humana, y al no existir mayor exigencia o consideración para su cumplimiento o entrada en vigor, es que nuestro sistema jurídico reconoce tales prerrogativas. La Constitución, en su Capítulo Primero intitulado “De las Garantías Individuales” reconoce la existencia de tales derechos, extendiéndolos a todas las personas que se encuentren en territorio nacional, sean o no mexicanos. Para constatar lo anterior, la Constitución Mexicana contiene la consagración de los derechos humanos. Tal y como lo afirma Héctor Fix Fierro, al señalar que “como se trata de derechos naturales, inherentes al ser humano, anteriores y superiores al Estado, éste sólo puede reconocerlos. Sin embargo, los derechos del hombre requieren de una ‘garantía’ o aseguramiento (que no equivale al derecho mismo) en el ordenamiento positivo, sobretudo en la Constitución, como principio y punto de referencia para el legislador ordinario.”⁶

Al tener la consagración de algunos de los derechos fundamentales del hombre en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, el legislador ordinario debe seguir los principios contenidos en ella, por lo que también, las autoridades encargadas de vigilar por el exacto cumplimiento de las leyes —con especial referencia a las leyes penales— deberán actuar con estricto apego a la protección de los mismos.

Las garantías individuales constituyen la base, fundamento de actuación de las autoridades respecto de los derechos humanos. Como lo afirma Sergio García Ramírez, “la amplia mayoría de las leyes constitucionales que hoy gobiernan la vida política y social de los pueblos ostentan porción dogmática, en la que, conforme al tradicional estilo, se determina el elenco de los derechos públicos subjetivos, con diversa técnica y en distinto número. Casos hay en que tales derechos se atribuyen a los nacionales; en otros supuestos se les refiere, con aire restrictivo, sólo a los ciudadanos; empero, lo frecuente y debido es que amporen, según es la corriente mayoritaria, a todos los individuos que se encuentran en el territorio del Estado, sin hacer entre ellos grupos o categorías de privilegio y de excepción: es éste, justamente, el sentido de los derechos del hombre: su extensión dilatada a todos los seres humanos por su condición de tales, según tantas veces llevamos dicho, no su restricción a segmentos determinados de la población.”⁷

Lo señalado por Sergio García Ramírez se confirma en el contenido de las garantías individuales plasmados en la llamada “parte dogmática” de nuestra Constitución, puesto que

⁶ Fix-Fierro, Héctor, “Comentario al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4ª edición, H. Cámara de Diputados. LV Legislatura-Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 5.

⁷ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho Penal*, Editorial Secretaría de Seguridad Pública, colección SepSetentas, número 254, México, 1971, pp. 48-49.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

los derechos fundamentales del hombre que la misma consagra, serán protegidos para todas aquellas personas que se encuentren en territorio nacional, sin importar la edad, condición social, política o económica, donde la teoría del “coto vedado” tendría cierta aplicación en nuestro sistema jurídico, ya que “por lo general suele pensarse que el diseño institucional requerido por la tesis del coto vedado es el que resulta de una combinación de dos piezas maestras: la primacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria.”⁸

Por lo anterior, las autoridades encargadas del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 138 de la Ley General de Población deberán al realizarlo, respetar los derechos humanos de las personas migrantes, e incluso de los sujetos activos del delito.

Los derechos humanos han evolucionado a lo largo de la historia en razón de su reconocimiento. Por ello, doctrinalmente se ha señalado la existencia de diversas fases o etapas en la protección de los mismos. Se clasifican por lo general en tres generaciones:

“Primera generación: a ésta pertenece la protección clásica de la libertad personal y la vida, así como la garantía de la igualdad (como se puede observar por ejemplo, en la Convención sobre la esclavitud de 1926, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la Convención de Ginebra sobre los refugiados de 1951, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 con los protocolos adicionales, y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969);

“Segunda generación: comprende la garantía de determinados estándares materiales (económicos o sociales); por ejemplo, en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 o de la Carta Social Europea de 1961;

“Tercera Generación: dentro de éstos se cuentan los derechos colectivos como el derecho al desarrollo, el derecho a la paz o el derecho a un medio ambiente saludable. Esta clase de garantías colectivas se encuentra por ejemplo en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Derechos de los Pueblos, de 1981.”⁹

⁸ Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, en Carbonell, Miguel (Editor) *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Trotta, España, 2006, p. 212.

⁹ Herdegen Matthias, *Derecho Internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Konrad Adenauer Stiftung, traducción de Anzola, Marcela, México, 2005, p. 357.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Como se puede observar, los derechos humanos de las personas migrantes son en esencia, derechos humanos de la primera generación, consistentes en la libertad personal, la igualdad y la libertad de tránsito, mismos que se encuentran reconocidos y protegidos por las garantías individuales de nuestra Constitución.

2. Artículo 11 constitucional

El artículo 11 de la Constitución Política a la letra dispone:

“Artículo 11. Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”

Como se puede desprender del contenido del artículo citado, existe la garantía de cuatro libertades, a decir de Miguel Carbonell: “la libertad de entrar en la República; la libertad de salir de ella; la libertad de viajar por su territorio y la libertad de mudar de residencia.”¹⁰

De la lectura de la primer parte del artículo en estudio, se garantizan las libertades de libertad de tránsito sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otro tipo de requisitos semejantes. Es evidente la violación que de manera sistemática realizan las autoridades migratorias al exigir para salir del país —en el caso de mexicanos—, o para entrar al mismo —en lo que a extranjeros se refiere— pasaporte.

Lo anterior no quiere decir que no sea indispensable en cualesquier nación el requisito de aportación de pasaporte, por lo que estamos de acuerdo con lo que expresa Miguel Carbonell Sánchez en el sentido de que es una práctica internacionalmente reconocida, y razonable, por lo que es necesaria una reforma constitucional a tal respecto.¹¹

El artículo 1º constitucional, que establece una clara protección del principio de igualdad, sin hacer diferencia alguna a nacionales o extranjeros, permite entender que las garantías de derechos humanos que se realiza en la Parte Dogmática de la Constitución se realice sin distinciones, por lo que resulta desafortunada la última parte del artículo 11 constitucional que se refiere a “extranjeros perniciosos residentes en el país”, que hace que nos remitamos al contenido del artículo 33 constitucional.

¹⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 487.

¹¹ *Cfr. Ibidem*, p. 488.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

Muchas son las opiniones en el sentido de que el artículo 33 de la Carta Magna va contra los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, consagrados en la misma, puesto que en dicho artículo se ve afectada la garantía de audiencia, y atenta contra una de las libertades primeras “que se restringen o limitan en los regímenes autoritarios, sea cual sea la ideología que los anime, pues su restricción, aunque pretende en ocasiones justificarse en otras causas, como el desarrollo económico en el caso de los regímenes de izquierda, o la seguridad nacional en el caso de los regímenes de derecha, en realidad no tiene más fin que el de establecer un férreo control autoritario sobre los individuos.”¹²

Por lo que se refiere al lugar de residencia, éste sólo podrá ser controlado por las limitaciones que “emanen de las leyes de asentamientos humanos y ordenación humana, en los términos de lo ordenado por el tercer párrafo del artículo 27 constitucional, lo que no es sino una manifestación de que esas libertades no están reconocidas con carácter absoluto”.¹³

En el derecho internacional, la libertad de tránsito se contiene reconocido en dos vertientes – interno y externo del territorio nacional–, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 13, que dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

“2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone lo concerniente a la libertad de tránsito y de residencia en el artículo 22 de la siguiente manera:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

¹² Martínez Bullé Goyri, Víctor M., “Comentario al artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4ª edición, H. Cámara de Diputados. LV Legislatura-Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 1024.

¹³ *Ibidem*, p. 1025.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Lo anterior nos conduce a reflexionar sobre la necesidad de replantear la jerarquía normativa de las disposiciones internacionales en el sistema jurídico mexicano, en especial, en las normas relativas al derecho internacional de los derechos humanos.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN

1. El artículo 138 de la Ley General de Población

La Ley General de Población fue aprobada por la Cámara de Diputados el 27 de noviembre de 1973, y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974.

En términos generales la Ley General de Población se enfoca en aspectos meramente demográficos y tiene como objetivo, de acuerdo con el artículo 1º de la misma, “regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente en los beneficios del desarrollo económico y social”.

Relacionado con la finalidad, la propia ley contiene un delito especial en el artículo 138 que constituye la regulación nacional del tráfico ilícito de migrantes.

En tal sentido, Diego Valadés anota que el tráfico ilícito de personas, y en concreto, el tráfico ilícito de migrantes, “es un asunto de importancia creciente, con relación al cual prevalece un enfoque similar al adoptado para otros casos; se pretende aumentar los rasgos de punibilidad sin atender a la impunidad [...] Lo que cuenta no es la magnitud del castigo,

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

sino el número de castigados. En este punto, la ley debe ser ampliada para que el órgano rector de la política migratoria, idealmente el gabinete en su conjunto, dispongan también lo relativo a las acciones de seguridad y establezca sistemas de evaluación de los resultados alcanzados.”¹⁴

El artículo 138 de la Ley General de Población se conforma por cuatro párrafos cuyas conductas descritas en los mismos han sido objeto de reformas: el primer, segundo y cuarto párrafo fueron reformados por última vez el 8 de noviembre de 1996 mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación. Por lo que respecta al tercer párrafo, fue adicionado el 17 de julio de 1990 mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, sin ser objeto de ulteriores reformas. Así, nos señala que:

“Artículo 138. 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.”

Como se puede advertir, las penas para los delincuentes que realicen las hipótesis previstas en el artículo 138 de la Ley General de Población no alcanzan la libertad bajo caución, aún más si se colocan en los supuestos de delincuencia organizada, mismos en los que profundizaré más adelante.

¹⁴ Valadés, Diego, “Palabras liminares. La Ley General de Población”, en Valdés, Luz María (coordinadora), *La Ley de Población a treinta años de distancia. Reflexiones, análisis y propuestas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Por lo que corresponde a la conducta realizada por el o los sujetos activos del delito, puede cometerse mediante la participación de diversas personas: autor material; coautor, en el caso de que participen en la comisión del delito en similares condiciones; como autor intelectual; autor mediato; cómplice y encubridor.

El propio artículo 138 de la Ley General de Población indica las agravantes en que incurrir los sujetos activos del delito. Así, se podrán aumentar hasta en una mitad cuando: 1. El tráfico ilícito de migrantes recaiga sobre un menor de edad, 2. En el caso de que los indocumentados se encuentren en condiciones o medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de los mismos y, 3. Cuando el autor del delito sea servidor público.

Se debe puntualizar el principio de derecho internacional privado *lex loci commissi delicti*¹⁵ que adopta el Código Penal Federal en el Libro Primero, Título Preliminar, artículos 1º a 6º, que permite que el delito se castigue en el lugar en donde se cometió o surtió efectos, por lo que se observa que en la realización de alguna de las hipótesis contenidas en el artículo 138 de la Ley General de Población implica que el delito se consume en territorio mexicano y con ello, se castigue en el mismo.

A. Análisis dogmático del tráfico ilícito de migrantes

En este apartado, utilizaré la Teoría del Delito Funcionalista Social planteada por Enrique Díaz Aranda. Para ello, en el primer elemento tradicional de la Teoría del Delito: la conducta, realizaré un breve recorrido histórico sobre la evolución de la concepción de la misma que los diversos sistemas han realizado, para así partir con el elemento conductatípica planteada por el autor de referencia.

1. Conducta-típica

Con von Liszt se tiene por primera vez la concepción de la conducta como presupuesto del delito.¹⁶ Para él, “la conducta es físicamente una inervación que está impulsada por la voluntad”,¹⁷ y “se le puede concebir psicológicamente como aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas [...] que provocan una modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos.”¹⁸ Como se puede advertir, para von Liszt la conducta se conforma de un aspecto objetivo y de un aspecto subjetivo.

¹⁵ Principio de solución de conflictos de leyes que señala que el derecho aplicable en el caso de la comisión de un delito es el lugar de realización de éste.

¹⁶ Cfr. Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho Penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, 1ª edición, México, 2003, p. 149.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Von Liszt, F., *Tratado de Derecho penal*. T. II. 3ª ed. Traducción de la 20ª edición alemana de 1913, trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid. Edit. Reus, (sae) 494 pp.. T. II. Pág. 297.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

El aspecto objetivo de la conducta se sustenta en la teoría de la causalidad, donde el resultado sería forzosamente causa de la acción. Así, “el concepto causal de la conducta se sustentó en la estructura básica siguiente: acción → nexo causal → resultado.”¹⁹

En el causalismo la voluntad y el querer interno del agente fue requisito necesario para la conducta.

Asimismo, la voluntad fue concebida en dos partes: la primera en razón al dominio mental que tiene el sujeto sobre su cuerpo para dirigir sus movimientos y la segunda en el fin o intención del sujeto para realizar la conducta.²⁰ Por lo que respecta al contenido de la voluntad que guía a la conducta, para el causalismo, se analizaba en la culpabilidad.

En el sistema neoclásico, existe dificultad en la división entre los delitos de acción y los delitos de omisión. Con Mezger, se resuelve el problema de las concausas, presentándonos la teoría de la causalidad adecuada, donde “la conducta se restringe a través de criterios valorativos que permiten excluir ciertos resultados que causalmente están relacionados con la conducta humana, pero que valorativamente no se pueden considerar provocados por ella.”²¹

Con la teoría de la causalidad adecuada, sólo se considera penalmente relevante aquella que es provocadora o causa físicamente el resultado, siempre y cuando sea la apropiada para producirlo conforme a un juicio de probabilidad (aspecto objetivo-valorativo de la conducta).²²

“Al igual que en el sistema clásico, la acción debía ser voluntaria y se continuaba reservando a la culpabilidad el fin perseguido por el autor”.²³

Al respecto, Mezger apunta que “hoy aparece firme de modo incontestable que sólo lo representado puede ser contenido del querer y que lo no representado tampoco puede ser querido.”²⁴

En el finalismo, Welzel señala a la conducta como categoría autónoma del delito al ser ésta previa a todo conocimiento humano, siendo sólo la conducta humana relevante para el derecho penal, estando ésta guiada por la finalidad, “la finalidad es vidente; la causalidad es

¹⁹ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal... op. cit.*, p. 150.

²⁰ Cfr. Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, 3ª reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 48.

²¹ Cfr. Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal... op. cit.*, p. 159.

²² El juicio de probabilidad es aquel conformado por conocimientos ontológicos y nomológicos menores a los requeridos por el juicio de necesidad.

²³ Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal... op. cit.*, p. 163.

²⁴ Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, 2ª edición, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado 1946, T. I., p. 188.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

ciega [...] Welzel cambió la fundamentación naturalista (causal) de la conducta por una lógico-objetiva (final), de acuerdo con la cual el proceso causal que desencadena la lesión del bien se convierte en relevante para el derecho penal en la medida en que está dirigido por una finalidad.”²⁵

Para el funcionalismo, el concepto social de conducta es medular como primera etapa de la teoría del delito. Así, para Jeschek sólo será considerada como conducta aquella que es socialmente relevante. “Desde esta perspectiva, tanto la acción dolosa como la culposa y la omisión pueden ser consideradas como conductas en la medida en que son muy significativas para la sociedad.”²⁶

En relación al primer elemento de la teoría del delito, Jeschek señala que “la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior.”²⁷

Finalmente, para Enrique Díaz-Aranda, en la teoría del delito funcionalista social de su creación, acertadamente opina que lo relevante para el derecho penal es la conducta-típica, consistente en determinar “si la conducta realizada por una persona física es aquella que el legislador penal ha querido prohibir y, por tanto sancionar. Para tal efecto recurre al análisis del hecho desde dos vertientes: una objetivo-normativa y otra subjetiva.”²⁸

Dadas las afirmaciones planteadas en párrafos anteriores, es que procederé a estudiar el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

La ubicación de los supuestos de ausencia de conducta se encuentran en los elementos normativos del tipo objetivo, bajo el título de *imputación normativa del resultado a la conducta*.

En el tipo subjetivo se analiza el dolo y la culpa en cuanto a la realización de la conducta, junto con los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo.

a) Clasificación del artículo 138 de la Ley General de Población respecto de las clases de conducta-típica

i. Conducta-típica de mera conducta y de resultado

²⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal...op. cit.*, p. 165.

²⁶ *Ibidem*, p. 175.

²⁷ Jeschek, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, traducción de Santiago Mir Puig, 1978, p. 136.

²⁸ Díaz-Aranda, Enrique, et. al., *Manual teórico-práctico en materia penitenciaria y de la defensa penal*, Gobierno del Estado de Hidalgo, México, 2005, p. 170.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

En el caso del artículo 138, encuentro que es un tipo de mera conducta, ya que al momento de realizarse la conducta-típica descrita en el tipo penal, se provoca la lesión del bien jurídico tutelado, no habiendo así una separación espacial ni temporal entre la conducta y el resultado.

Lo anterior se desprende de que el propio artículo 138 de la legislación en estudio señala que la conducta se consumará a quien por sí o por interpósita persona “con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve a mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente.” Por lo que en el mismo instante en que se pretenda realizar la conducta descrita en el tipo se provoca la lesión del bien jurídico tutelado.

Respecto al bien jurídico tutelado en el artículo en estudio, algunos autores han manifestado que el bien jurídico principal protegido en el tráfico ilícito de migrantes es la soberanía estatal.

Sobre los bienes jurídicos protegidos por el legislador al regular el tráfico ilícito de migrantes, Eduardo Geronimi indica que “el tráfico es un delito contra la soberanía del Estado y, por consiguiente, el sujeto pasivo es el Estado —y no el migrante—por cuanto el bien jurídico protegido es la soberanía del Estado de que se trate. Sin embargo, cuando concurren [...] circunstancias agravantes [...] el migrante será también sujeto pasivo de los delitos que se cometan contra su persona.”²⁹

En lo concerniente al artículo 138 de la Ley General de Población, opino que el legislador dio mayor importancia a la protección de las personas objeto del tráfico, sin descuidar a la soberanía nacional, reafirmada en el segundo párrafo del artículo en estudio. Para muestra de ello, en la exposición de motivos de la reforma de 1996 a dicho párrafo, se menciona que “[...] Existe un reclamo generalizado de la sociedad pura (sic) que se castigue con mayor severidad a aquellas personas que cometen el delito de tráfico de indocumentados. Con ese propósito, se modifica el artículo 138, y se adiciona un párrafo final para castigar con mayor rigor a aquéllos (sic) que pongan en riesgo la salud, integridad o vida de los migrantes, o trafiquen con menores de edad. Siendo intolerable que en estas conductas intervengan servidores públicos, también en el proyecto se incrementa la sanción en estos casos.”

En consideración a los planteamientos anteriores, puedo concluir que los bienes jurídicos protegidos por el legislador en el artículo 138 de la Ley General de Población es la salud, integridad y vida de los migrantes, incluso desde su puesta en peligro, además de la soberanía del Estado Mexicano.

²⁹ Geronimi, Eduardo, *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, s.a., p. 17.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

ii. Conducta-típica instantánea y permanente

En el caso del artículo 138 de la Ley General de Población, se trata de una conducta típica instantánea, puesto que la lesión del bien jurídico se da en un sólo momento, sin prolongarse en el tiempo.

Lo anterior se verifica desde el momento mismo de pretender llevar o llevar mexicanos o extranjeros a otro país; pretender introducir o introducir extranjeros a territorio mexicano, ya que la simple realización de alguno de estos supuestos concretiza la lesión del bien jurídico tutelado.

iii. Conducta-típica de acción y de omisión

En este caso, se trata de una conducta-típica de acción, ya que el tipo penal contenido en el artículo 138 de la Ley General de Población prohíbe la realización de las conductas previstas en el mismo, sin que se pueda configurar una calidad de garante, o en su caso, se pueda realizar alguna de las hipótesis contenidas en el artículo citado por omisión.

iv. Conducta-típica nunca culposa

Todas las hipótesis contenidas en el artículo 138 de la Ley General de Población se realizan únicamente de manera dolosa, ya que la conducta-típica que se contiene en el artículo 138 de la Ley General de Población señala que forzosamente tiene que existir la voluntad del sujeto activo en el caso de que con *propósito* de tráfico pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente o 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 y, finalmente, a quien a sabiendas *proporcione* los medios, se preste o sirva para llevar a cabo las conductas descritas en el artículo en cita, 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.

Profundizaré en el estudio de la realización de la conducta-típica dolosa del artículo 138 de la Ley General de Población, en los elementos del tipo subjetivo de la conducta-típica.

v. Conducta-típica de lesión y de peligro

Se trata de una conducta típica de peligro, puesto que su consumación se actualiza con la puesta en peligro de alguno de los bienes jurídicamente tutelados, puesta en peligro que se da al pretender llevar o llevar mexicanos al extranjero o pretender internar o internar extranjeros a territorio mexicano o en su caso, proporcionar medios para llevar a cabo las conductas descritas en los dos primeros párrafos del artículo 138 de la ley en análisis.

vi. Conducta-típica consumada y de imperfecta realización (tentativa)

No se presenta la tentativa en la conducta-típica contenida en el artículo en estudio, ya que no se requiere para su consumación la realización de la finalidad del agente. En este aspecto de consumación del delito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había establecido que no funcionaba la norma amplificadora de la tentativa, porque el propio tipo penal aludido sancionaba ya —como actualmente ocurre con el artículo 138 de la Ley General de Población—, como conducta ilícita consumada, el simple hecho de “pretender” llevar a alguien a trabajar ilegalmente a territorio extranjero, creándose así un tipo de “resultado cortado” o “anticipado”, por ser innecesaria la obtención de la finalidad propuesta por el agente.³⁰

De igual forma, la Suprema Corte estableció que no se eximía de responsabilidad al inculpado la circunstancia de que las personas que tratara de introducir al extranjero hubieran sido detenidas en una población distante de la línea divisoria entre México y un país fronterizo, si fueron sorprendidas en una etapa claramente ejecutiva del ilícito de introducción ilegal de extranjeros del territorio nacional a otra nación, previsto y sancionado por el párrafo segundo del artículo 118 de la Ley General de Población —en los mismos términos del artículo 138 de la misma Ley vigente—, en la cual existe una figura típica en la que la tentativa se equipara a la consumación. En este sentido véase el Amparo directo 4574/83. Rafael Rodríguez Miranda. 17 de agosto de 1983. Cinco votos.

vii. Conductas-típicas comunes y especiales

“Las descripciones de las conductas típicas se refieren en su mayoría ‘al qué’, eso significa que el sujeto activo puede ser cualquier persona física. Empero, ciertas conductas requieren de una calidad especial del sujeto activo; por ejemplo, funcionario público o el extranjero. A estas conductas típicas les denomina la doctrina mayoritaria como delitos especiales.”³¹

Atendiendo a dichas consideraciones, las conductas-típicas descritas en el artículo 138 de la Ley General de Población, serán comunes, puesto que el sujeto activo será cualquier persona que las realice, en la que la calidad de servidor público en el sujeto consistirá una agravante del delito, como lo establece el párrafo cuarto del mismo artículo.

b) Tipo objetivo.

El tipo objetivo se determina por elementos objetivos y por elementos normativos.

i. Elementos objetivos de la conducta-típica

³⁰ Cfr. Séptima Época: Amparo directo 2775/77.

³¹ Díaz-Aranda, Enrique, *Manual...*, op. cit., p. 179.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Los elementos objetivos de la conducta “son aquellas descripciones lingüísticas que hace el legislador en la ley sobre un sujeto, una conducta y, generalmente, un resultado, que los reconoceremos a través de nuestros sentidos: vista, oído, tacto, olfato y gusto. Es decir, los elementos objetivos son aprensibles sensorialmente [...] y se pueden constatar científico-naturalmente.”³²

En el primer párrafo del artículo 138 de la Ley General de Población, se observa que el sujeto activo puede ser cualquier persona, al referirse “a quien por sí” o “por interpósita persona”. Otro elemento objetivo se encuentra en la conducta prohibida que es “pretenda llevar” o “lleve” a “internarse a otro país”. Al ser el tráfico ilícito de migrantes una conducta-típica de mera actividad, lo único que percibimos sensorialmente es la conducta.

En el segundo párrafo del artículo en estudio, se observa que nuevamente el sujeto activo puede ser cualquier persona, al referirse “a quien por sí” o “por medio de otro u otros”, realice la conducta prohibida “introduzca” a “territorio mexicano”, o en otro caso “los albergue” o “transporte” por “territorio nacional” con el fin de “ocultarlos”.

En el tercer párrafo encontramos como elementos objetivos “proporcione”, “preste” o “sirva” llevar a cabo las conductas descritas en los primeros dos párrafos del artículo 138 de la Ley General de Población.

ii. Elementos normativos expresos de la conducta-típica

Los elementos normativos expresos de la conducta-típica pueden ser jurídicos o culturales.

En el primer párrafo del artículo 138 de la Ley General de Población, se encuentra “mexicanos”, “extranjeros” y “otro país”.

En el segundo párrafo del citado ordenamiento se encuentra “autoridad competente”, “extranjeros”, “territorio mexicano” y “territorio nacional”.

iii. Elementos normativos implícitos de la conducta-típica

Por lo que respecta a los elementos normativos implícitos, mejor conocida como “teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta” debemos conocer los alcances del tipo a través del criterio de imputación, para saber cuándo exactamente una conducta es o no típica, siendo necesario “determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador penal, y ello sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición.”³³

³² *Ibidem*, pp. 181, 183.

³³ *Ibidem*, p. 201.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

Sin embargo, en el artículo 138 de la Ley General de Población se contienen elementos normativos implícitos de la conducta-típica, al ser una conducta de mera actividad.³⁴

c) Tipo Subjetivo

El tipo subjetivo se refiere a la comisión dolosa o culposa de la conducta-típica.

En el artículo 138 de la Ley General de Población se encuentra solamente la comisión dolosa de todos sus elementos.

Para definir la voluntad dolosa deben tomarse como base los elementos objetivos del tipo, y ello por tres razones: a) los elementos del tipo se clasifican en objetivos y subjetivos; b) El dolo es uno de los elementos subjetivos del tipo; c) El objeto al cual se refiere el dolo es precisamente la parte objetiva del tipo.

En el caso del artículo 138 de la Ley General de Población, el hecho se integra por una voluntad dolosa (dolo directo en primer grado), por lo que no se permite en caso alguno de las hipótesis previstas por el mismo artículo la realización culposa en la comisión de alguna de ellas.³⁵

Para reafirmar lo anterior, en el derecho positivo mexicano, el artículo 60 del Código Penal federal (*numerus clausus*) no contiene, dentro de los delitos que pueden ser de realización culposa, señalados en el segundo párrafo, el artículo 138 de la Ley General de Población.

Cabe señalar que la legislación mexicana no realiza distinción sobre dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. Por dolo entendemos “el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal.”³⁶

Conviene señalar que el dolo directo en primer grado es claramente asimilable con la intención, por lo que se confirma que la voluntad que el traficante debe mostrar en el tráfico ilícito de migrantes, se realiza con la intención y conocimiento de pretender llevarlo a cabo.³⁷

Respecto al artículo 138 de la Ley General de Población, debo especificar que el término “pretender” debe radicar en una realización en el mundo fáctico, con acciones directamente encaminadas al logro del propósito delictivo de manera unívoca; o dicho de otra manera, deben reunirse las mismas exigencias inherentes a una tentativa.

³⁴ Cfr. Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho Penal... op. cit.*, pp. 202 y 203.

³⁵ Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª edición, Ed. Trillas-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004..., *op. cit.*, p. 44.

³⁶ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo. Causalismo-finalismo, funcionalismo y la reforma penal en México*, Porrúa, 5ª edición, México, 2004, p. 115.

³⁷ Cfr. Díaz Aranda, Enrique, *Dolo...*, *op. cit.*, p. 143.

LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA: FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO

El elemento cognitivo del dolo en el caso del tráfico ilícito de migrantes se encuentra en el momento en que el sujeto activo tiene conocimiento de alguna o todas las circunstancias de hecho contenidas en las conductas típicas descritas en el artículo 138 de la Ley General de Población.

El aspecto volitivo del dolo en el tráfico ilícito de migrantes, se encuentra en el momento en que el sujeto activo al conocer la realización de éste (aspecto cognitivo) quiere seguir adelante con ella (aspecto volitivo), queriendo, aceptando o previendo como muy probables los resultados que ésta pueda producir.³⁸

Por lo que respecta a los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo, el primer y segundo párrafo del artículo 138 de la Ley General de Población prevé que se necesita que la conducta del sujeto activo se realice con “propósito de tráfico”, por lo que se debe recurrir a “juicios estrictamente subjetivos.”³⁹

1. Antijuridicidad

“Sin duda, la problemática en torno a la antijuridicidad constituye uno de los tópicos más delicados y complejos dentro del ámbito jurídico-penal.”⁴⁰

La antijuridicidad se refiere a la realización de una conducta contraria al orden jurídico, siempre y cuando ésta no se encuentre amparada por una causa de justificación. En la antijuridicidad analizamos si la realización de la conducta-típica se justifica de cara a todo el orden jurídico por las circunstancias materiales que concurrieron en el momento de su realización o si, estamos ante la presencia del injusto; es decir, conducta-típica y antijurídica.⁴¹

Respecto al injusto y a la antijuridicidad, Raúl Plascencia Villanueva acertadamente explica que “la antijuridicidad es un concepto que sirve de referencia para los comportamientos típicos contrarios al contenido de una norma inmersa en la ley penal, en tanto el injusto es el continente de la acción típica y antijurídica. Esto da lugar a deducir una relación de género a especie del injusto respecto de la antijuridicidad: la antijuridicidad es la especie que engloba el injusto.”⁴²

a) Antijuridicidad formal

³⁸ Cfr. Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal...*, op. cit., p. 269.

³⁹ Cfr. Díaz-Aranda, Enrique, *Manual...*, op. cit., p. 275.

⁴⁰ Márquez Piñero, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, p. 1.

⁴¹ Cfr. Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal...*, op. cit., p. 301.

⁴² Plascencia Villanueva, Raúl, op. cit., p. 133.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

En la antijuridicidad formal se analiza si la conducta-típica realizada es contraria a todo el sistema jurídico en conjunto y no solamente a normas de carácter penal.⁴³ Al respecto, en el artículo 138 de la Ley General de Población, deduzco que se viola el ordenamiento jurídico en general, ya que se trata de una conducta-típica que no está contenida en el Código Penal — ya sea federal o estatal— y concurren en el tráfico ilícito de migrantes circunstancias violatorias a lo prohibido por distintas ramas del derecho.

b) Antijuridicidad material

Por lo que respecta a la antijuridicidad material, se analiza si la realización de la conducta-típica “generó una lesión o puesta en peligro del bien fundamental para la vida en sociedad. Esa lesión al bien se considera antijurídica cuando se realizó en tales circunstancias que no sólo es valorada socialmente como nociva, sino también como injustificada, y por ello también es injusta.”⁴⁴

Ante esta situación, la conducta prohibida por el artículo 138 de la Ley General de Población se encuentra en el momento en que se lesiona e incluso, se pone en peligro el bien jurídico tutelado, en concreto, la soberanía estatal y la protección de los migrantes.⁴⁵

2. Causas de Justificación.

Dentro de la función de las causas de justificación en un Estado social y democrático de derecho, “se podrá realizar una acción típica [conducta-típica], pero al existir una causa de justificación no podrá ser valorada como antijurídica.”⁴⁶

Respecto a la teoría de la antijuridicidad en el Estado social y democrático de derecho, un estudio bastante completo lo realiza Santiago Mir Puig, quien señala, con relación a las causas de justificación, que “por lo que se refiere a la incidencia en las causas de justificación del planteamiento efectuado en esta exposición de la esencia de lo injusto, a partir de la función preventiva del Derecho penal, el mismo resulta de aplicación general.”⁴⁷

Acerca de las causas de justificación, contenidas en el capítulo IV intitulado “Causas de exclusión del delito”, artículo 15 del Código Penal Federal, opino que ninguna de ellas se puede presentar en alguna de las conductas-típicas prohibidas por el artículo 138 de la Ley General de Población. Esta afirmación la deduzco a partir del estudio de cada una de las causas de justificación que realizaré a continuación.

⁴³ Cfr. Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 304.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 304-305.

⁴⁵ Véase *supra* capítulo II, inciso i.

⁴⁶ Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁷ Mir Puig, Santiago, *En función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª edición, BOSCH, Casa Editorial, S.S. Barcelona, España, 1982, p. 88.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

i. Legítima defensa

Las reglas generales de la legítima defensa, se encuentran contenidas en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

“[...] IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

“Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión [...]”

Así, en los supuestos del artículo 138 de la Ley General de Población no se encuentra hipótesis alguna en donde el sujeto activo repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, ya que no puede existir necesidad de defensa respecto a las conductas-típicas descritas en el artículo 138 de la ley en estudio.

ii. Estado de necesidad justificante

Esta causa de justificación se encuentra regulada en la fracción V del artículo 15 del Código Penal Federal, en los términos siguientes:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

“[...] V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo [...]”

En el tráfico ilícito de migrantes, no se encuentra hipótesis alguna en donde se pueda obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, en el caso de que exista un peligro real, actual o inminente, ya que para que exista el estado de necesidad, la misma fracción V del artículo 15 del Código Penal Federal establece que el peligro no debe ser ocasionado dolosamente por el agente.

iii. Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

En este caso, no se puede presentar el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, ya que el sujeto activo —e incluso, cualquier autoridad— que cometa el delito de tráfico ilícito de migrantes no tiene competencia o facultad para realizar las conductas expresamente prohibidas en el artículo 138 de la Ley General de Población. Ante ello, es imposible que a la persona que con propósito de tráfico pretenda llevar o lleve a mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente, o 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, tenga competencia legal para realizar estas conductas.

iv. Obediencia jerárquica

La obediencia jerárquica se da en los casos de una orden realizada en torno a una relación de supra-subordinación; siempre y cuando la orden que se realice sea lícita.⁴⁸

Ante ello, la realización de cualquiera de las conductas típicas prohibidas por el multicitado artículo 138 de la Ley General de Población implicaría responsabilidad penal para quien las lleve a cabo.

v. Consentimiento del sujeto pasivo

Esta causa de justificación la encontramos regulada en la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal en los siguientes términos:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

“[...] III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

“a) Que el bien jurídico sea disponible;

“b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

“c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;”

Como se puede analizar, el migrante que se coloca en cualquiera de los supuestos del artículo 138 de la Ley General de Población no puede disponer de uno de los bienes jurídicos protegidos por el mismo, ya que en el caso de la soberanía nacional, en ningún momento o supuesto está a disposición de una sola persona, como resultado del sistema federal. Por ello, ninguno de los requisitos previstos en los tres incisos de la fracción tercera del artículo 15 del

⁴⁸ Cfr. Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal... op. cit.*, p. 341.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Código Penal Federal puede tener cabida en las conductas descritas en el multicitado artículo de la Ley General de Población, por lo que no se puede presentar el consentimiento del sujeto pasivo como causa de justificación en el tráfico ilícito de migrantes.

3. Culpabilidad

La última categoría del delito es la culpabilidad, conformada por “la imputabilidad del sujeto, su conciencia sobre la antijuridicidad de la conducta y la ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad.”⁴⁹

a) Imputabilidad

En la imputabilidad se analiza si el sujeto activo del delito tiene capacidad de entender y comprender psicológicamente el hecho y su trascendencia.

“La imputabilidad es una capacidad de la culpabilidad; por lo mismo, una capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva valorativa del particular tipo penal, esto es, capacidad de comprender la específica violación del deber jurídico penal y de actuar conforme a esa comprensión.”⁵⁰

En el sistema jurídico mexicano, un sujeto es imputable a los dieciocho años de edad. En el caso de las legislaciones que han reducido la edad criminal, opino que son anticonstitucionales, debido a que el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su tercer párrafo señala que: “La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.”

Por lo anterior, se puede afirmar que la imputabilidad plena, en nuestro sistema jurídico se encuentra a los dieciocho años de edad, siendo indispensable que el sujeto activo goce de sus facultades mentales. Es decir, no será imputable el sujeto activo que sufra deficiencias mentales permanentes o transitorias. Para saber cuándo un sujeto tiene una deficiencia mental permanente o transitoria se tiene que comprobar mediante examen pericial. “Cuando la imputabilidad está completamente anulada sólo podrá imponerse una medida de seguridad

⁴⁹ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 359.

⁵⁰ Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, p. 38.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

en un centro especializado, pero si el trastorno mental no anula la capacidad psíquica del individuo, entonces se disminuirá el juicio de reproche y se podrá aplicar una pena menor.”⁵¹

Al respecto, el artículo 67 del Código Penal Federal establece las reglas de reclusión de los inimputables en los siguientes términos:

“Artículo 67.- En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

“Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

“En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido.”

La inimputabilidad por deficiencia mental permanente, se fundamenta en la fracción séptima del artículo 15 del Código Penal Federal en los siguientes términos:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

“[...] VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

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

Por lo que respecta a la disminución de la imputabilidad por trastorno mental transitorio, y la penalidad que corresponde a la inimputabilidad en general, su fundamento se encuentra en el artículo 69 bis del Código Penal Federal:

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

⁵¹ *Ibidem*, p. 380.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Por las consideraciones anteriores, la persona que cometa alguno de los supuestos previstos en el artículo 138 de la Ley General de Población, debe tener los dieciocho años de edad para ser considerado como imputable.

b) Conciencia de la antijuridicidad

En este aspecto de la culpabilidad analizaré si el sujeto que realiza la conducta-típica y antijurídica (injusto) tiene conocimiento de ello y quiere hacerlo.

Así, para que haya conciencia de la antijuridicidad en el tráfico ilícito de migrantes, el sujeto activo debe tener un propósito de tráfico, y conocer que son delitos: el pretender llevar o llevar a mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente; introducir, 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; o finalmente proporcionar los medios, prestar o servir para llevar a cabo las conductas descritas y aún así llevarlas a cabo, sabiendo que no existe una causa de justificación que lo ampare, actúa con conciencia de la antijuridicidad.

c) Causas excluyentes de la culpabilidad

“El juicio de reproche al autor se puede excluir cuando trasgredió el orden jurídico por miedo grave, en estado de necesidad exculpante o bajo error de exculpación.”⁵²

i. Miedo grave

El miedo grave es una situación que afecta la inculpabilidad. Por ello debe ser analizado conforme a la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal. Al respecto se tiene el criterio de la siguiente tesis del Tercer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito:

En la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal, se contiene como causa de exclusión del delito, la no exigibilidad de otra conducta, sin reiterar en su texto el miedo grave y temor fundado, por lo que dichas circunstancias quedarán comprendidas como una causa de no exigibilidad de otra conducta; de ahí que en los supuestos de estado psicológico de miedo grave o temor fundado producido por amenazas, deba ser analizado conforme al contenido de la fracción IX del artículo en comento.⁵³

Por su parte, la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal señala:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

⁵² Ibidem, *op. cit.*, p. 383.

⁵³ Cfr. Amparo directo 772/2002, Tercer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Novena Época.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

“[...] IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;”

En el artículo 138 de la Ley General de Población se contienen hipótesis en las que sería posible la presencia del miedo grave como causa de ausencia de culpabilidad. Tal sería el caso del secuestro de algún familiar con parentesco cercano, en el cual se exige la realización de alguno de los supuestos correspondientes al tráfico ilícito de migrantes. En estos casos, en que no hay raciocinio en la persona que lleva a cabo alguna de esas conductas-típicas, se debe probar mediante prueba pericial especializada.

ii. Estado de necesidad exculpante

“En el estado de necesidad exculpante existe un conflicto entre dos bienes del mismo valor y sólo uno de ellos puede salvarse [...] el conflicto que debe existir es entre bienes del mismo valor, porque cuando tienen distinta valía estamos ante un estado de necesidad justificante”.⁵⁴

En los supuestos de tráfico ilícito de migrantes, contenidos en el artículo 138 de la Ley General de Población, se puede observar que no es posible que se dé el caso del estado de necesidad exculpante, puesto que en uno de los dos bienes jurídicos protegidos en el artículo en cita, no se puede colocar a la soberanía estatal en un titular que en algún momento dado actuara en conflicto entre dos bienes del mismo valor.

iii. Error sobre la antijuridicidad

En los casos de error sobre la antijuridicidad “el sujeto actúa con dolo típico pero con la creencia de que concurre una causa de justificación [...] el autor obra con dolo dado su conocimiento de la realidad circundante en la que actúa, siendo que su error recae sobre la justificación de su conducta prohibida.”⁵⁵

En los supuestos de tráfico ilícito de migrantes del artículo 138 de la Ley General de Población, se puede dar el supuesto de que el sujeto activo del delito crea que su conducta está amparada por alguna causa de justificación —como podría ser el caso de que una persona que sabe que el tráfico de migrantes es una conducta ilícita, mas por auxiliar a una persona en estado de suma pobreza le ayuda a cruzar la frontera norte de México sin cobrarle algún dinero y cree que su conducta está amparada por alguna causa de justificación como lo es el estado de necesidad justificante o el consentimiento del sujeto pasivo— se tendría un error

⁵⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal... op. cit.*, pp. 386-387.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 395-396.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

de prohibición sobre las causas de justificación, por lo que se disminuiría la culpabilidad del autor en el sistema funcionalista social.

iv. Error de prohibición

En el error de prohibición el sujeto “cree erróneamente que su conducta es lícita.”⁵⁶

A su vez, el error de prohibición puede ser vencible o invencible, según el mínimo de cuidado que exista para salir de él en la realización de alguna conducta ilícita.

En el tráfico ilícito de migrantes, la propia descripción de la conducta-típica contenida en el artículo 138 de la Ley General de Población permite que se den supuestos de error de prohibición, puesto que se requiere del conocimiento de la realización del “tráfico”, ya que debe de realizarse con ese propósito expresamente.

Se debe tener especial cuidado en cuanto al desconocimiento de la norma por el autor. Por ello, “será necesario constatarlo a través de todos los medios probatorios que legalmente estén autorizados y que nos permitan determinar si la situación sociocultural del agente permite sostener dicho desconocimiento.”⁵⁷

El Poder Judicial ha establecido que, “ni la pertenencia a un determinado grupo étnico o el bajo nivel de escolaridad son causas suficientes, por sí solas, para pretender acreditar un error de prohibición (directo o indirecto) como causa de inculpabilidad y, por consiguiente, de exclusión del delito. Por tanto, ese potencial estado de desconocimiento absoluto y extremo, obviamente de excepción, capaz de eliminar el juicio de reproche, debe ser objeto de acreditamiento precisamente bajo el principio lógico y de valoración elemental conforme al cual lo ordinario se presume y lo excepcional se demuestra.”⁵⁸

IV. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada fue presentada por el Ejecutivo federal el 18 de marzo de 1996 y finalmente publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre de ese mismo año, a pesar de las constantes críticas y observaciones que miembros del sector académico realizaron desde su gestación, dadas las deficiencias que en el dictamen existían, además del carácter inconstitucional que la misma revestía.

Anterior a que existiera una Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, sobre el número de personas que se asociaban o integraban para cometer alguna conducta ilícita existía la

⁵⁶ *Ibidem*, p. 389.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 393.

⁵⁸ *Cfr.* Amparo Directo 978/2003, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

tipificación de la “asociación delictuosa” en el artículo 164 del Código Penal Federal, que dispone:

Artículo 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.

Indudablemente existen elementos comunes entre la asociación delictuosa y el tipo de delincuencia organizada; sin embargo, este último constituye un tipo autónomo que requiere características especiales que lo diferencian de aquél. Ante ello, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. Mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido de que: ‘... serán sancionadas por ese solo

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

hecho ...’, excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa.⁵⁹

Una vez señaladas las diferencias entre los tipos de asociación delictuosa y delincuencia organizada, procederé a analizar la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en los aspectos en que se regula el tráfico ilícito de migrantes.

Cabe resaltar que el delito de delincuencia organizada sólo es de comisión dolosa, al igual que las hipótesis —como he mencionado *supra*— contenidas en el artículo 138 de la Ley General de Población. Sobre este aspecto, Sergio García Ramírez señala que el delito de delincuencia organizada “no admite comisión culposa; invariablemente tiene carácter doloso, o dicho de otro modo, sólo puede ser sancionado —así, sólo es delictiva esta conducta— cuando el agente actúa con dolo.”⁶⁰

Así, dentro de las hipótesis previstas en el artículo 2º de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, en la fracción III, se encuentra regulado el tráfico de indocumentados.

“Artículo 2º. 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 siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

“[...] III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;”

No sobra mencionar que entre los bienes jurídicos protegidos por el legislador al tipificar el delito de delincuencia organizada, y los contenidos en la Ley General de Población, respecto al tráfico ilícito de migrantes, guardan una estrecha relación. Como apunta García Ramírez, respecto de la delincuencia organizada “el artículo 1 de la iniciativa aludió a ambas expresiones de la seguridad: en un caso se daña o pone en peligro el orden público, la buena marcha de las instituciones, las condiciones de paz que permiten el desarrollo normal de las relaciones jurídicas; en el otro lo que se daña o pelagra es la nación misma, su integridad, su vida actual y futura, su autoridad y viabilidad. El precepto hizo referencia específica a la soberanía, que es la capacidad de autodeterminación popular, en el interior y con respecto al exterior. El proyectista consideró —como es común entender hoy día— que estas formas de

⁵⁹ *Cfr.* Amparo en revisión 1212/2004. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶⁰ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 4ª edición, Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 105.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

delincuencia vulneran o ponen en riesgo esa capacidad, en cuanto mediatizan o condicionan las decisiones nacionales o los resultados de éstas”.⁶¹

Es importante, para que se configure el delito de delincuencia organizada, que la conducta sea permanente o reiterada. Al respecto, Eduardo Andrade Sánchez señala que “la permanencia de la acción delictiva, la acción constante como forma de lograr esa satisfacción buscada, puede tener una sofisticación adicional, que es la participación no de una sola persona, sino de varias, que se reúnen y se estructuran asociándose en forma permanente para la comisión de los delitos. Tenemos, entonces, no sólo la persistencia del fenómeno delictivo reiteradamente cometido por una persona, sino incluso una acción continua, repetida, cometida por un grupo de personas”.⁶²

La realización del supuesto que marca el artículo segundo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada implica la regulación de la conducta a los supuestos de investigación, persecución, procedimiento y sanciones conforme a dicha ley, según lo ordenado por el artículo 3º.

Las penas establecidas para los sujetos que sean miembros de la delincuencia organizada, se encuentran contenidas en el artículo 4º. En el caso del tráfico ilícito de migrantes, se contiene dentro de los supuestos señalados en la fracción II:

Artículo 4o. Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes:

[...] II. En los demás delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley:

- 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 a doce mil quinientos días multa.

En todos los casos a que este artículo se refiere, además, 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.

Respecto a las penas que se deben imponer a los miembros de la delincuencia organizada, existe deficiencia en su regulación, puesto que miembro de ella, que incluso sean autores del

⁶¹ *Ibidem*, p. 104.

⁶² Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Senado de la República. LVI Legislatura, México, 1996, p. 15.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

delito, quedarán fuera de la penalidad señalada. Al respecto, Sergio García Ramírez apunta que “el precepto distingue la situación que guardan los agentes de la asociación delictuosa; así, son mucho más elevadas las sanciones destinadas a los sujetos que tengan funciones de administración, dirección o supervisión (categorías que estableció el ya derogado artículo 196 bis CP y que parcialmente reconoció, como ya dijimos, la iniciativa) respecto de la delincuencia organizada, que las imponibles a quienes sólo juegan papeles menores —pero no por ello menos peligrosos, vale decir— en calidad de agentes subalternos o supervisados, a pesar de que tengan a su cargo la comisión material de los ilícitos y sean, por eso mismo, los verdaderos autores del delito.”⁶³

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada también prevé al igual que la Ley General de Población un artículo con calificativas por la calidad del sujeto activo del delito. Así, en el artículo 5º se contienen las siguientes hipótesis:

Artículo 5o. Las penas a que se refiere el artículo anterior se aumentarán hasta en una mitad, cuando:

I. Se trate de cualquier servidor público que participe en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada. Además, se impondrán a dicho servidor público, destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos, o

II. Se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de los delitos a que se refiere esta Ley.”

V. INSTRUMENTOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS REFERIDOS AL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Con el fenómeno de la globalización, la delincuencia ha presentado grandes cambios, en pocas palabras, ha evolucionado, lo que ha originado que se creen redes delictivas de dimensiones tales que ha llegado a crearse una delincuencia organizada transnacional, que merece un tratamiento especial, y no el que se brinda a nivel interno de las naciones.

Los datos sobre la actuación de lo que se podrían denominar como “macro-organizaciones” criminales son realmente preocupantes. Como apunta Sergio García Ramírez,

Del 21 al 23 de noviembre de 1994 se reunió en Nápoles, Italia, la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada. En el *Boletín sobre Prevención del Delito y Justicia Penal* de la Organización de las Naciones

⁶³ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia...*, op. cit., México, 2005, p. 121.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

Unidas, dedicado a este encuentro (nos. 26 y 27, noviembre de 1995), se recogen datos interesantes. Así, se asegura que el delito es la actividad comercial de mayor envergadura en el mundo. Como fuentes de ingresos, el tráfico de drogas y el tráfico de armas ocupan respectivamente el primero y el segundo lugares, por encima de la industria petrolera”.⁶⁴

Siguiendo la misma fuente, se contienen datos impresionantes en cuanto al número de integrantes de diversas organizaciones delictivas transnacionales, por ejemplo, *Camorra*, *Ndrangheta* y *Sagrada Corona Unida*, todas ellas italianas con un total de 13,300 miembros. Se presenta también el caso de la *Cosa Nostra* siciliana, que cuenta con ramificaciones en Europa, Asia y América, con un total de 7000 integrantes; el caso chino, en donde actúan agrupaciones delictivas con proyecciones a América, Europa, Asia y Oceanía: *Sun Yee On*, con 60,000 miembros; *14 K*, con 30,000; *Federación Woo*, con 28,000; *Bambú Unido*, con 20,000; *Gran Círculo* con un número indeterminado de integrantes. En el caso japonés *Yazuka* cuenta con un total de 85,000 miembros, entre delincuentes y asociados. La *mafia* rusa dispone de tres millones de miembros.⁶⁵

La delincuencia organizada transnacional, como su nombre lo indica, se realiza en un plano que abarca el territorio de más de un Estado, donde se puede observar como uno de los problemas principales en cuanto a su combate, la diversidad legislativa entre uno y otro Estado respecto de una sola conducta, además de la falta de coordinación entre autoridades para combatirla, y en especial, un tópico que ha quedado en el olvido, para prevenirla.

En este aspecto, la delincuencia organizada transnacional —a la cual pertenecen la mayoría de los traficantes de personas, uno de los géneros delictivos más lucrativos en la actualidad— se aprovechan de las fallas legislativas entre uno y otros países, para así lograr una completa impunidad. Al respecto Emma Mendoza Bremauntz señala que “en el momento actual podríamos afirmar casi con absoluta certeza que la criminalidad internacional o transnacional está constituida por grupos de delincuencia organizada ya que por el tipo y la forma de los delitos transnacionales [...] solo pueden ser cometidos por agrupaciones o redes delictivas organizadas para planear, llevar a cabo y escapar, utilizando los medios internacionales y las limitaciones legales existentes en los países y que son capitalizadas en su beneficio por los grupos delictivos organizados.”⁶⁶

⁶⁴ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia Organizada*, 3ª edición, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 13.

⁶⁵ Cfr. Idem.

⁶⁶ Mendoza Bremauntz, Emma, *Delincuencia global*, M.E.L. Editor, Córdoba, Argentina, 2005, p. 213.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

El tráfico de personas corresponde a los delitos cometidos por la delincuencia organizada transnacional. Representan un problema y un fenómeno ya no sólo de carácter interno, sino que ha causado efectos en el plano internacional.

Por las razones anteriores, el tráfico ilícito de migrantes se ha realizado en un plano internacional, donde se observa como uno de los problemas fundamentales para combatirlo, la diversidad legislativa entre uno y otro Estado en la regulación de una sola conducta.

La importancia de tal fenómeno hace que la comunidad internacional legisle en dicha materia, siendo los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en relación al tráfico de personas –género del tráfico de migrantes— los celebrados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante Convención), el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante PROTAM) y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante PROTAM).

En este momento, conviene destacar que Estados Unidos de América firmó tanto la Convención, como los Protocolos complementarios de la misma, el trece de diciembre de dos mil, en Palermo, Italia, aprobándose en el Senado de ese mismo país, mediante voto dividido, el veintitrés de febrero de dos mil cuatro, por lo que también en el sistema jurídico americano, dichos instrumentos jurídicos internacionales son, respecto a la cláusula de supremacía de la Constitución Americana, “ley suprema del territorio”.⁶⁷

Como el lector puede observar, el motivo del presente trabajo, es el de dar a conocer, muy brevemente, el marco jurídico existente de la delincuencia organizada transnacional, en nuestro país, para confirmar, una vez más que lo que hace falta en México, lejos de reformas abundantes, es una mayor especialización de las autoridades de los diversos órdenes de gobierno, encargadas de aplicar los preceptos contenidos en las diversas disposiciones jurídicas existentes.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue firmada por nuestro país el 13 de diciembre de 2000 *ad referéndum*, y aprobada por la Cámara de Senadores el 15 de diciembre de 2002.

⁶⁷ http://www.senate.gov/pagelayout/legislative/one_item_and_teasers/trty_rtf.htm, Domingo, 3 de septiembre de 2006, 6:43 p.m.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

Esta Convención ya se encuentra en vigor en el sistema jurídico de nuestro país, ya que para ello era necesaria su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, tal y como lo señala María de la Luz Lima Malvido: “Esta Convención también llamada Convención de Palermo, suscrita por los miembros de la ONU en Palermo, Italia, el 13 de diciembre de 2000 [fue] firmada durante la Conferencia Política de Alto Nivel, en misma fecha, por la Delegación Mexicana. Aprobada por el Senado de la República, el 22 de octubre de 2002. Para que esta Convención y sus protocolos obtengan el carácter de vigente en nuestro país deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación.”⁶⁸

La publicación respectiva ocurrió el 11 de abril de 2003, en el *Diario Oficial de la Federación*.

Esta Convención, junto con los dos protocolos complementarios que específicamente tratan el tráfico de personas, son importantes de analizar, ya que ambos han sido firmados por México y representan un ataque conjunto entre los Estados miembros a la delincuencia organizada y a las víctimas de ésta. Al respecto, sólo se dedican en la Convención algunos artículos específicos (14, 24, 25 y 29), para la reparación del daño de las víctimas de la delincuencia organizada.

La finalidad de la Convención radica en promover la cooperación de los Estados que la firmen para prevenir y combatir con mayor eficacia la delincuencia organizada transnacional, por lo que es un instrumento de suma importancia en cuanto al combate del tráfico ilícito de migrantes, ya que como he comentado en párrafos precedentes, dicha conducta se ha venido realizando por la delincuencia organizada transnacional.

En este orden de ideas, se encuentran diversas definiciones en el artículo tercero, entre las que destacan —para fines de este trabajo— las de: 1) grupo delictivo organizado; 2) delito grave; 3) grupo estructurado; 4) producto del delito y 5) delito determinante.

Grupo delictivo organizado es aquel “de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Cabe resaltar la gravedad del delito, puesto que éste será considerado como tal, cuando la conducta típica se castigue con una privación de la libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. En este sentido, se observa que la penalidad en nuestro país de los

⁶⁸ Lima Malvido, María de la Luz, “Victimas de la Delincuencia Organizada, Trata y Tráfico Ilícito de Personas”, *Revista mexicana de justicia. Los nuevos desafíos de la PGR*, sexta época, número 4, Procuraduría General de la República, México, 2002, p. 106.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

delitos de delincuencia organizada, se encuentran considerados como graves para la propia Convención.

Con relación al grupo estructurado, es importante señalar su definición, ya que constituye un elemento esencial para que se constituya o integre la delincuencia organizada de carácter transnacional. Así, debemos entender por grupo estructurado aquel “no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”

Por producto del delito entenderemos todos aquellos bienes de cualquier índole, que sean derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito cometido, naturalmente, por la delincuencia organizada transnacional.

Por delito determinante se debe entender aquel del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito de los que se definen en el artículo 6 de la Convención, en el que se contiene el supuesto de tráfico ilícito de migrantes.

En cuanto al ámbito de validez de la Convención, el artículo 3 señala, en términos generales, que será aplicada en los delitos previstos en los artículos 2, 5, 6, 8 y 23 de la misma, en especial, el artículo 6, ya que contiene con sumo detalle, la descripción de todas aquellas conductas que configuran el tráfico ilícito de migrantes.

Respecto a la configuración como delito cometido por la delincuencia organizada transnacional, en los incisos del artículo 3-2, encontramos los elementos para ello, los cuales son que el delito:

- a) Se cometa en más de un Estado;
- b) Se cometa dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realicen en otro Estado;
- c) Se cometa dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
- d) Se cometa en un solo Estado pero tenga efectos sustanciales en otro Estado.

En consonancia con el instrumento jurídico analizado, el Estado Mexicano cumple con la obligación de legislar en materia de participación en un grupo delictivo organizado, ya que

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

contamos con una Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que establece sanciones severas para los delitos contenidos en las diversas fracciones del artículo 2º de dicha ley.⁶⁹

Otro aspecto importante de la Convención, respecto del tráfico ilícito de migrantes, es lo concerniente a la disposición del producto del delito, ya que uno de los derechos fundamentales de toda víctima es la reparación del daño, más la indemnización correspondiente. Por ello, se establece que al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la misma, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente, a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos.

En cuanto a la impartición de justicia, en lo que a delincuencia organizada transnacional se refiere, se establecen las reglas sobre extradición, que deberán en todo caso garantizar la observancia de los derechos humanos de todas las personas que sean sujetas a un procedimiento. A tal respecto, en todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el artículo 16, referente a la extradición de los delincuentes, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

⁶⁹ En este sentido, el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, "Al ratificar la Convención, el Gobierno de México formuló las declaraciones interpretativas siguientes, en virtud de los Artículos 5 (3), 16 (5)(a), 18 (13) y 18 (14):

'Artículo 5(3).- Los Estados Unidos Mexicanos desea precisar que el derecho interno del Estado mexicano comprende todos los delitos graves que entrañan la participación de un grupo delictivo organizado en la penalización de los delitos tipificados con arreglo en el artículo 5, párrafo 1, apartado a), inciso i). La penalización del acuerdo con una o más personas para cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material, entraña la participación de un grupo delictivo organizado en el delito de la delincuencia organizada previsto en el artículo 2 de la ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, por cuanto hace a los delitos que el mismo artículo se refiere. El delito de asociación delictuosa, previsto en el artículo 164 del Código Penal Federal, resulta aplicable por cuanto hace al resto de los delitos graves a que se refiere la Convención.

Artículo 16(5)(a).- El Estado mexicano considerará la Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, respecto de aquellos Estados Parte con los que no tenga celebrados tratados en la materia.

Artículo 18(13).- Se designa como autoridad central en materia de asistencia judicial recíproca, a la Procuraduría General de la República.

Artículo 18(14).- Para el caso de solicitudes de asistencia judicial, éstas deberán ser presentadas en idioma español. Las solicitudes también podrán ser presentadas en el idioma del Estado requirente, siempre y cuando vayan acompañadas de una traducción al español." <http://www.sre.gob.mx/tratados/busqueda.htm>, Sábado 28 de abril de 2007, 8:19 p.m.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

En cuestión de las reglas de extradición, se aplicarán las contenidas en la Convención para los delitos comprendidos en la misma o a los casos en que un delito tipificado por la misma sea grave y entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

Cada uno de los delitos a los que se aplican las reglas de extradición en la Convención se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte, mismos que se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren al respecto entre ellos.

Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición, así como intentarán simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplican las reglas de extradición de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Otro de los aspectos esenciales en la aplicación de justicia es lo concerniente a la penalización de la obstrucción de la justicia; donde los Estados Parte deberán adoptar medidas legislativas que tipifiquen como delito “el uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido” para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la misma Convención o para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servidores encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en el instrumento jurídico internacional en comento.

En materia de protección de los derechos humanos de las víctimas del delito del tráfico ilícito de migrantes desde el aspecto de la delincuencia organizada transnacional, el artículo 24, incisos 1 y 4, de la Convención, establece garantías de protección a los testigos de los hechos delictivos al igual que de las víctimas cuando estas últimas tengan tal carácter, consistentes en que cada Estado Parte adopte medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales, así como de los que presten testimonio sobre delitos comprendidos en el mismo instrumento jurídico internacional, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

Cabe señalar que las disposiciones de protección a los testigos y a todas aquellas personas que otorguen información sobre grupos delictivos organizados, también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.

La Convención no establece algún catálogo de derechos de las víctimas. No obstante, impone la obligación a los Estados Parte de adoptar medidas apropiadas —dentro de sus posibilidades— para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en el mismo instrumento jurídico, enfatizando aquellos supuestos en que se encuentren con amenazas de represalia o intimidación. Asimismo, las víctimas cuentan con el derecho de acceder a procedimientos adecuados que les permitan obtener una indemnización y restitución por los delitos de los que han sido sujetas, así como el permitir que se presenten y examinen sus opiniones y preocupaciones en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes, sin que ello menoscabe los derechos de defensa de estos últimos.

La Convención, establece medidas de cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (artículo 26), entre las que sobresalen aquellas en las que se deberá alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos de delincuencia organizada transnacional, para que cooperen en la proporción de información útil a las autoridades competentes con fines de investigación y de prueba sobre cuestiones relativas a la identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados y todos aquellos delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer. Además, las autoridades de un Estado Parte deberán prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes de otro Estado Parte, que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito, cuestión por demás importante para eliminar los medios de actuación de los grupos delictivos transnacionales.

Para dar cumplimiento a lo señalado en párrafos precedentes, en la Convención se contienen previstas las facultades de los Estados para mitigar la pena e incluso prever la inmunidad judicial en aquellos casos en que las personas proporcionen una cooperación sustancial en la investigación o enjuiciamiento de los delincuentes que realicen las conductas previstas por la misma.

Vale la pena señalar que las personas que cooperen para la persecución de los delitos señalados en la Convención, serán protegidas conforme a las reglas señaladas en el artículo 24 de la misma, consistentes, como he señalado anteriormente, en el sistema de protección de testigos.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Finalmente, en materia de cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, en específico, de aquellas encargadas en el combate de la delincuencia organizada transnacional, la Convención prevé acuerdos de cooperación entre los Estados Parte, con el fin de que se realicen concesiones mutuas respecto de las personas que puedan aportar una cooperación sustancial en la persecución de los delitos de delincuencia organizada transnacional.

Resulta importante señalar que se prevé, además, la cooperación en materia de cumplimiento de la ley, consistente en que los Estados Parte, al margen de lo establecido por sus respectivas legislaciones, deberán colaborar para el combate de los delitos previstos en la Convención, adoptando todas aquellas medidas necesarias para ello. Dicha cooperación consistirá en la mejora de los canales de comunicación entre las autoridades, organismos y servicios competentes, con el fin de que el intercambio de información entre éstos resulte de una manera sencilla. También se enfatiza la cooperación entre Estados Parte en la realización de indagaciones respecto a los delitos cometidos por la delincuencia organizada transnacional. Otro aspecto de la cooperación entre Estados es lo concerniente a la proporción *inter partes* de los elementos o cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación, el intercambio de personal, intercambio de medios y métodos concretos empleados por grupos delictivos organizados, así como las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios que sean utilizados para encubrir sus actividades.

Cabe señalar que para dar cumplimiento a la cooperación entre los Estados, se puede considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales entre ellos, al margen de la propia Convención, además de que deberán esforzarse por colaborar en la medida de sus posibilidades para combatir a la delincuencia organizada transnacional, que sea cometida mediante la utilización de herramientas de *tecnología moderna*.

El instrumento jurídico en análisis trata también de la información que para el combate de la delincuencia organizada —nacional e internacional— llevarán a cabo los Estados Parte. Para conseguirlo, deberá analizarse, científica y académicamente, la actuación interna de cada Estado respecto de todos aquellos grupos delictivos organizados que actúen en sus territorios. Además habrá la posibilidad de desarrollar y compartir la experiencia que los Estados tengan en el conocimiento de las actividades de la delincuencia organizada transnacional. Lo anterior deberá realizarse en un plano de cooperación bilateral, así como entre organizaciones internacionales y regionales. Para este fin se establecerán y aplicarán, según proceda, definiciones, normas y metodologías comunes. Con ello se confirma la

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

necesidad de uniformar los criterios de combate y regulación en torno a la delincuencia organizada transnacional.

Además, la Convención establece la cooperación en materia de capacitación y asistencia del personal encargado de aplicar los preceptos contenidos en la misma, ya que a partir de la capacitación, se deberá hacer énfasis en la protección de los derechos fundamentales de las víctimas, por lo que encuentro una especial relevancia en lo que se refiere a los sujetos pasivos de alguno de los delitos cometidos por la delincuencia organizada transnacional, y por tanto, de las víctimas del tráfico ilícito de migrantes. Así, cada Estado Parte, en la medida necesaria, deberá formular, desarrollar o perfeccionar, según sea el caso concreto de cada Estado, programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, en especial de las autoridades administrativas, incluso de las autoridades fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la Convención. Los programas señalados podrán incluir adscripciones e intercambios de personal, además de que se tiene la facultad de que en el caso particular de cada Estado, y en la medida en que lo permita el derecho interno, guardarán relación con los métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos.

Además, los Estados Parte deberán implementar medidas que faciliten la extradición y la asistencia judicial recíproca.

Uno de los aspectos esenciales de la política criminal de algún Estado es la prevención de las conductas antisociales, en especial, de los delitos. La Convención señala las medidas de prevención que los Estados Parte adoptarán para combatir y eliminar la delincuencia organizada transnacional, donde resalta la evaluación periódica de los instrumentos jurídicos y las prácticas administrativas con el fin de que sus deficiencias no sean aprovechadas por los grupos delictivos organizados, así como la difusión en los medios de comunicación de la existencia, causas y gravedad de la delincuencia organizada y la colaboración entre los Estados Parte, organizaciones internacionales y regionales, para que se dé cumplimiento con lo preceptuado en materia de prevención de los delitos cometidos por la delincuencia organizada transnacional.

Con el fin de que la Convención encuentre efectividad —entiéndase positividad— entre los Estados Parte, se contiene en el propio instrumento jurídico la creación de una Conferencia de las Partes, a la que, no obstante, se le atribuyen funciones de divulgación (promoción), y examinación de su aplicación, no se le otorgan facultades jurisdiccionales. Así el artículo 32, inciso 1, señala que “Se establecerá una Conferencia de las Partes en la Convención con objeto de mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

organizada transnacional y para promover y examinar la aplicación de la presente Convención.”

Finalmente, para efectos del presente estudio, la aplicación de la Convención consta en la adopción de los Estados Parte de los delitos contenidos en ella, pudiendo adoptar medidas más severas para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Por lo que se refiere a la solución de aquellas controversias que surjan en materia de interpretación y aplicación de la Convención, se procurará en primera instancia la negociación (artículo 35-1). Si ésta no se puede resolver mediante negociación, proseguirá el arbitraje. Si dentro de los seis meses siguientes no hay resolución del arbitraje, cualquiera de las partes podrá acudir ante la Corte Internacional de Justicia conforme al Estatuto de la misma (artículo 35.2).

2. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (PROTIM) fue firmado por nuestro país el 13 de diciembre de 2000, y también representa Ley Suprema de toda la Unión, ya que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de abril de 2003.

Se puede afirmar, que el PROTIM es el instrumento jurídico internacional más importante que trata sobre el tráfico ilícito de migrantes, ya que es derivado de una convención referente a la delincuencia organizada transnacional, pero en este caso, se especializa en el combate del tráfico ilícito de migrantes, en todas sus modalidades, que es objeto de estudio del presente análisis.

El instrumento jurídico que analizaré en este apartado, se enfoca principalmente a la violación a los derechos humanos de los migrantes, cuando éstos son sujetos pasivos del delito. Así el PROTIM contiene en su preámbulo la justificación de ello, al señalar que “Convencidos de la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos,

“Habida cuenta de que, pese a la labor emprendida en otros foros internacionales, no existe un instrumento universal que aborde todos los aspectos del tráfico ilícito de migrantes, y otras cuestiones conexas.”

Con base en lo anterior, se confirma que no obstante los esfuerzos por unificar la regulación en el combate a la delincuencia organizada transnacional —de la que forma parte, como hemos recalcado, el tráfico ilícito de migrantes— éstos no han sido suficientes, por lo que se

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

creó el PROTIM, para dar una mayor y más eficaz batalla en el combate de este tipo de delitos.

Siguiendo con el preámbulo, también se hace referencia a los migrantes que son víctimas del tráfico, donde se concurre con el legislador mexicano en cuanto al bien jurídico protegido se refiere, que es “la vida o la seguridad de los migrantes involucrados”, señalando, incluso, la puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos.

Atento a lo anterior, el PROTIM, tiene un doble propósito. El primero de ellos radica en la prevención y el combate del tráfico ilícito de migrantes, así como el de la promoción de la cooperación entre los Estados Parte con ese fin. El segundo de ellos, es la protección que se establece respecto de los derechos de los migrantes sujetos pasivos del tráfico ilícito.

El artículo 3 es de gran importancia, puesto que se adopta ya, a nivel internacional una denominación y definición sobre el tráfico ilícito de migrantes. Dada la importancia de lo anterior, procedo a su transcripción:

“Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por ‘tráfico ilícito de migrantes’ se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;”⁷⁰

Siguiendo con el mismo precepto, en él se contienen tres definiciones adicionales que son necesarias para la configuración del delito de tráfico ilícito de migrantes en su carácter transnacional. Dichos conceptos son —como observamos en la definición de tráfico ilícito de migrantes transcrita en líneas anteriores— “entrada ilegal”; “documento de identidad o de viaje falso” y “buque”.

⁷⁰ Se puede observar que en la definición de tráfico ilícito de migrantes, se contiene en una de las definiciones que del mismo se hace en el primer párrafo del artículo 138 de la Ley General de Población, que a la letra establece que “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.”

Sin embargo, el artículo 138 de la Ley General de Población, amplía los supuestos en que se incurre en tráfico ilícito de migrantes, pues también se establecen, además de los casos de “entrada ilegal de una persona” a otro país, los supuestos de llevar y transportar por el territorio de nuestro país a extranjeros víctimas de tráfico, en los siguientes términos: “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....”.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Por “entrada ilegal” entenderemos el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.

Por “documento de identidad o de viaje falso”, entenderemos cualquier título de su clase, que sea elaborado o expedido de forma ilegítima o alterado materialmente por cualquier persona o entidad que no sea la legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o utilizado por una persona que no sea su titular legítimo. Como se puede observar, se mantienen dos hipótesis en cuanto a la ilegalidad del documento de identidad o de viaje falso, consistentes en cuanto a la persona que lo emite, como a la persona que lo porta y trata de identificarse con ellos.

El término “buque” debe ser entendido en un sentido amplio, ya que en él se verá contenido cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales.

El ámbito de aplicación del PROTIM consiste en la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en el artículo 6 del mismo instrumento jurídico, siendo condición necesaria que esos delitos sean de carácter transnacional y participe en su comisión un grupo delictivo organizado. Resulta importante que el mismo instrumento jurídico señala como ámbito de protección, los derechos de las personas que hayan sido objeto del tráfico ilícito de migrantes.

Como he señalado en el desarrollo de la presente investigación, los migrantes objeto de tráfico son víctimas del delito, por lo que no tienen responsabilidad penal alguna, así sean diversas y distintas las maneras y circunstancias que hagan que recurran con los traficantes de personas. Al respecto el PROTIM señala textualmente, que “los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal” con arreglo al mismo protocolo, por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas referentes a la comisión del tráfico ilícito de migrantes (artículo 5).⁷¹

⁷¹ La migración por sí misma, no puede constituir un delito, puesto que la libertad de tránsito ha sido reconocida por múltiples y diversos instrumentos internacionales como un derecho humano. Por ello, es que resulta inaceptable y contradictorio, que en nuestro sistema jurídico mexicano, exista un artículo que sanciona, de manera penal, la migración ilegal. Lo anterior se confirma con la lectura del artículo 123 de la Ley General de

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

Entre las penas que se impondrán a los sujetos que realicen las conductas sobre tráfico ilícito de migrantes, el PROTIM establece amplias facultades a los Estados Parte, ya que cada uno de ellos deberá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, el tráfico ilícito de migrantes, las conductas consistentes en la creación de un documento de viaje o de identidad falso, la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento, y la habilitación de una persona que no sea residente permanente o nacional para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en el mismo, recurriendo a cualquiera de estos medios o a cualquier otro medio ilegal cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes (Artículo 6.1).

Asimismo, cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado relacionado con el tráfico ilícito de migrantes, situación, que como se puede observar ocurre en nuestro país, al castigarse en el artículo 138 de la Ley General de Población la tentativa de las conductas referentes al tráfico ilícito de migrantes, en los mismos términos que el delito consumado. (Artículo 6.2.)

De igual manera, siguiendo el mismo artículo, los Estados Parte deberán adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delictiva la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado en relación al tráfico ilícito de migrantes, que consistan en la creación de un documento de viaje o de identidad falso, o a la habilitación de una persona que legalmente no deba permanecer en el algún Estado, sin haber satisfecho previamente los requisitos para permanecer legalmente en el mismo, recurriendo a cualquiera de los medios penados por el PROTIM, y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo a la facilitación, el suministro o la posesión de documentos de viaje o de identidad falsos, y la organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al tráfico ilícito de migrantes.

Respecto a lo anterior, cada Estado Parte deberá adoptar las medidas legislativas y de otra índole —que podrían consistir en medidas de política criminal— que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados relacionados con el tráfico ilícito de migrantes, la creación de documentos de viaje o de identidad falsos, así como la

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

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

habilitación de una persona que no sea nacional y se encuentre de manera ilegal en un Estado, utilizando alguno de los medios prohibidos señalados en párrafos precedentes y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico de los delitos tipificados con arreglo a la complicidad en dichas conductas, y a la organización o dirección de otras personas para ello, toda circunstancia que ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados o dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

Para conseguir lo anterior, nada de lo dispuesto en el PROTIM impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.

Nuestro país no está exento del tráfico de migrantes de manera irregular a través del mar. Por ello, resulta importante que el instrumento jurídico analizado dedique y otorgue un tratamiento especial en la prevención y ataque del delito mencionado en los artículos 7 a 9, pertenecientes al Capítulo II “Tráfico ilícito de migrantes por mar”.

La cooperación de los Estados Parte en lo que al tráfico ilícito de migrantes se refiere es fundamental, debido a la naturaleza transnacional que el delito reviste. Por ello, el PROTIM dispone en el artículo 7, que los Estados Parte cooperarán para “prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar”, con la única limitante de que la cooperación se realice “de conformidad con el derecho internacional del mar.”

Por lo que respecta a las medidas contra el tráfico ilícito de migrantes en su modalidad de comisión por mar, se otorgan amplias facultades para los Estados Parte en materia de investigación, inspección y tratamiento en el caso de que el buque, instrumento del delito, se encuentre en su territorio. Baste mencionar que todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar físicamente el transporte. Si se encuentran pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte deberá adoptar medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda.

Tal y como he señalado, los derechos humanos de las personas involucradas en el tráfico ilícito de migrantes —en especial los de las víctimas del delito— revisten de una protección especial. La cuestión de las personas migrantes que se encuentran a bordo de un buque, que presumiblemente sean objeto del tráfico ilícito de migrantes, no es la excepción a la protección de sus derechos fundamentales. Para confirmar esto, en las “Cláusulas de protección” referentes al tráfico ilícito de migrantes por mar se ordena en el artículo 9,

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

inciso 1, subinciso a), que el Estado Parte que adopte las medidas contra los buques, de acuerdo al propio instrumento jurídico, “garantizará la seguridad y el trato humano de las personas que se encuentren a bordo.”

Atentos a lo anterior, se encuentran medidas de resarcimiento de los daños causados en caso de que el buque en el que se creyó era utilizado para traficar con migrantes no resulte como tal. Así, en el supuesto de que las razones que motivaron las medidas adoptadas con arreglo al tráfico ilícito de migrantes por mar, no resulten fundadas y siempre que el buque no haya cometido ningún acto que las justifique, éste deberá ser indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido. En nuestro país, esta responsabilidad se encuentra regulada a nivel constitucional en el artículo 113, en la que el Estado será responsable objetiva y directamente por toda actividad administrativa irregular que en sus actuaciones realice.

En concordancia con el principio de legalidad, el PROTIM establece que toda medida que se adopte en el mar en cumplimiento de lo dispuesto por el propio protocolo, será ejecutada únicamente por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves que ostenten signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizados a tal fin.

El capítulo III del PROTIM, se conforma de nueve artículos referidos a las “Medidas de prevención, cooperación y otras medidas” para prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes en sus diversas modalidades. Estas medidas, siguiendo el rótulo que marca cada artículo que conforma este capítulo, serán principalmente las siguientes:

1. Información (artículo 10);
2. Medidas fronterizas (artículo 11);
3. Seguridad y control de los documentos (artículo 12);
4. Legitimidad y validez de los documentos (artículo 13);
5. Capacitación y cooperación técnica (artículo 14);
6. Otras medidas de prevención (artículo 15);
7. Medidas de protección y asistencia (artículo 16);
8. Acuerdos y arreglos (artículo 17) y
9. Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito (artículo 18).

Dado que los artículos señalados en la numeración que antecede tienden a un mismo fin, serán analizados en conjunto –como metodológicamente he venido realizandolo hasta ahora—, destacando los elementos que considero, son de mayor relevancia para fines de mi estudio.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

La cooperación en el intercambio de la información entre los Estados Parte resulta de especial relevancia, pues con éste se tiende a facilitar el combate del tráfico ilícito de migrantes en torno a la veracidad de los documentos de identidad migratorios, los lugares de embarque y de destino, así como las rutas y los medios de transporte utilizados por los traficantes de migrantes, además del intercambio de información de identidad y métodos utilizados por dichas organizaciones criminales, incluyendo todas aquellas cuestiones científicas y tecnológicas útiles para combatir y prevenir el tráfico ilícito de migrantes.

Cabe resaltar, que en materia de intercambio de información, se encuentra dispuesto que los Estados Parte deberán intercambiar aquella información relativa a las experiencias de carácter legislativo, así como las prácticas y medidas conexas, para prevenir y combatir las conductas tipificadas como delictuosas que se enuncian en el artículo 6 del PROTIM.

Quizás las medidas más drásticas, donde se trastocan las violaciones más concurrentes de los derechos humanos de los migrantes y en general, de toda persona, además de representar un punto neurálgico entre las relaciones internacionales, las constituyen las medidas fronteras en todos sus aspectos y manifestaciones.

El tráfico ilícito de migrantes no es ajeno a lo anterior, por el contrario, forma parte integrante de la problemática fronteriza. Por ello, el PROTIM contiene un artículo específico (artículo 11) relativo a las medidas fronteras a tomar por los Estados Parte en lo que a la prevención y combate del tráfico se refiere.

En primer lugar se hace énfasis en el reforzamiento de los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes.

En concordancia con lo señalado tanto para la Convención de la que el protocolo analizado es complementario, como para el mismo, las medidas legislativas son de principal importancia para el combate y la prevención de la delincuencia organizada transnacional. Por ello, se hace énfasis en la adopción de medidas legislativas para prevenir y eliminar el tráfico ilícito de migrantes a través del transporte comercial. Asimismo, los transportistas tienen la obligación de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor.

Por último, creo importante señalar que cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al PROTIM.

Hasta aquí, lo que creo resulta de mayor relevancia en cuanto a medidas fronteras se refiere.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

Uno de los elementos del delito de tráfico ilícito de migrantes es la portación de documentos migratorios que sean falsos. Ante ello, como medida ideal para prevenir la portación de los mismos, se establece el que cada Estado Parte cuente con una mayor seguridad y control en su expedición y fabricación, para poder, de alguna manera, eliminar su falsificación, así como el intercambio de información entre los Estados Parte en relación con la veracidad de los mismos respecto de la persona que pretenda identificarse con ellos.

Resulta importante observar que uno de los medios para prevenir la violación a los derechos humanos de los migrantes se encuentra en la capacitación y cooperación técnica de las personas encargadas de aplicar los preceptos contenidos en el propio protocolo en estudio, aún más, en los preceptos que el mismo Estado mantiene en su regulación interna, respecto del tráfico ilícito de migrantes. Así, los Estados Parte impartirán a los funcionarios de inmigración y a otros funcionarios pertinentes capacitación especializada en la prevención de las conductas enunciadas en el artículo 6 del PROTIM y en el trato humano de los migrantes objeto de esa conducta, respetando al mismo tiempo sus derechos reconocidos conforme al mismo instrumento jurídico internacional. En caso de que exista una capacitación al respecto, ésta deberá ser reforzada.

De igual forma, se prevé la cooperación de los Estados Parte y las organizaciones internacionales competentes, las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, en la protección de los derechos de los migrantes objeto de tráfico ilícito, a través de la capacitación de personal adecuada para prevenir, combatir y erradicar el tráfico ilícito de migrantes, y en general, de todas las conductas previstas en el artículo 6, ya anteriormente citado, consistentes en la mejora de la seguridad y la calidad de los documentos de viaje, el reconocimiento y la detección de los documentos de viaje o de identidad falsificados, la compilación de información de inteligencia criminal, en particular la respectiva a la identificación de los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estarlo en las conductas enunciadas en el mismo artículo, así como los métodos utilizados para transportar a los migrantes objeto de tráfico, la utilización indebida de documentos de viaje o de identidad para los fines de las conductas de tráfico ilícito de migrantes reguladas por el PROTIM, y los medios de ocultación utilizados en el tráfico ilícito de migrantes, así como la mejora de los procedimientos para detectar a las personas objeto de tráfico ilícito en puntos de entrada y salida convencionales y no convencionales, y el trato humano de los migrantes afectados y la protección de sus derechos reconocidos conforme a lo contenido por el mismo instrumento jurídico internacional.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Finalmente, entre los Estados Parte se deberán prestar asistencia técnica con el fin de combatir las conductas delictuosas relacionadas con el tráfico ilícito de migrantes.

Otro aspecto importante en las medidas de prevención del tráfico ilícito de migrantes, es la información dirigida a crear conciencia entre las personas que potencialmente pueden llegar a ser víctimas del delito mencionado. Por ello, los Estados deberán crear un sistema de información pública que tienda a los fines mencionados. (Artículo 15.2).

El PROTIM, contiene, a su vez, medidas de protección y asistencia para los migrantes objeto de tráfico ilícito (artículo 16) mismas que son complementarias de la protección interna de nuestro país. Con ello, el marco jurídico de la protección de las víctimas del delito en estudio, consiste en que cada Estado Parte adoptará, al aplicar los preceptos contenidos en el protocolo en su propio territorio, de conformidad con sus obligaciones emanadas del derecho internacional, todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del mismo, conforme a las normas aplicables del derecho internacional, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Lo mismo sucede respecto a la adopción de medidas apropiadas cuando los Estados Parte deban otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos delictivos por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas que para realizar el tráfico ilícito de migrantes, se lleven a cabo.

Cada Estado Parte prestará asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas que sobre tráfico ilícito de migrantes se encuentran reguladas en el PROTIM.

Al aplicar las medidas de protección y asistencia que se establecen en el mismo instrumento jurídico internacional, los Estados Parte tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.

En el caso de la detención de personas que hayan sido objeto de las conductas de tráfico ilícito de migrantes, cada Estado Parte cumplirá las obligaciones contraídas con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuando proceda, resaltando la de informar sin demora a la persona afectada sobre las disposiciones relativas a la notificación del personal consular y a la comunicación con dicho personal, resultando esto importante para los migrantes mexicanos víctimas del tráfico ilícito de migrantes que se encuentren en territorio de los Estados Unidos de América, ya que es una constante la total incomunicación

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

de los migrantes detenidos en territorio estadounidense, con las autoridades consulares mexicanas.

Se debe resaltar que los Estados Parte podrán realizar acuerdos y arreglos bilaterales, regionales u operacionales que tengan por objeto prevenir y combatir las conductas previstas en el artículo 6 del PROTIM.

En el último artículo del capítulo tercero del PROTIM (artículo 18), se encuentran previstas las reglas concernientes a la repatriación de las personas que figuren como sujetos pasivos de alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de migrantes.

Es importante señalar que cada Estado Parte conviene en facilitar y aceptar, sin demora indebida o justificada, la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el multicitado artículo 6 y que sea nacional de ese Estado Parte o tuviese derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de la repatriación.

Respecto de los derechos humanos de los sujetos pasivos de alguno de los delitos previstos en el PROTIM, los Estados Parte, al llevar a cabo el procedimiento de repatriación, deberán respetar los derechos fundamentales de las víctimas, donde cada Estado Parte que intervenga en la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del protocolo, adoptará todas las medidas que procedan para llevar a cabo la repatriación de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona, donde las disposiciones en materia de repatriación no menoscabarán ninguno de los derechos reconocidos a las personas que hayan sido objeto de las conductas de tráfico ilícito de migrantes por el derecho interno del Estado Parte que sea receptor.

En cuanto a las reglas para la solución de controversias, éstas se encuentran comprendidas dentro del artículo 20 del PROTIM, que son similares a las que se contienen en el artículo 35 de la propia Convención a la que este protocolo complementa.

Atento a lo anterior, lo que se refiere a la solución de aquellas controversias que surjan en materia de interpretación y aplicación del PROTIM, se procurará en primera instancia la negociación (artículo 20-1). Si ésta no se puede resolver mediante negociación, proseguirá el arbitraje. Si dentro de los seis meses siguientes no hay resolución del arbitraje, cualquiera de las partes podrá acudir ante la Corte Internacional de Justicia conforme al Estatuto de la misma (Artículo 20-2).

3. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Este protocolo (PROTRAP), al igual que el anterior complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, fue firmado por México el 13 de diciembre de 2000, y se encuentra en vigor en el sistema jurídico mexicano, ya que ha sido publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de abril de 2003.

El PROTRAP guarda estrecha relación con el tráfico ilícito de migrantes, debido a que en gran parte, la trata de personas es resultado del tráfico ilícito de personas. Así, Lima Malvido nos señala que “la trata de personas es la tercera fuente de ingresos de la delincuencia organizada internacional, después del tráfico de drogas y de armas, y genera anualmente miles de millones de dólares. La ONU informa que cada año, cuatro millones de personas son víctimas de este delito.

“La escala del delito es enorme. Según un informe hecho público en 2000 por el Departamento de Estado de Estados Unidos, cada año entran a este país de 45, 000 a 50, 000 mujeres y niños víctimas de trata. En China, una campaña nacional contra la trata de personas permitió rescatar más de 10, 000 mujeres y niños en el primer mes.

“Para 1999 se calculó que aproximadamente 100, 000 niños fueron víctimas de raptos por personas ajenas a su familia; un porcentaje considerable de los raptos eran extranjeros, lo cual exige tomar los casos de extravío de personas con mucha seriedad, no solo a nivel nacional.”⁷²

Por trata de personas se entiende para el PROTRAP según el artículo 6, la “captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptos, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”

Como he mencionado a lo largo del presente capítulo, la protección de los derechos humanos de los migrantes en su condición de sujetos pasivos del delito, es de fundamental interés.

El PROTRAP, no constituye la excepción a la regla, tal y como consta en el primer párrafo del preámbulo, donde los Estados Parte buscan con la realización de este instrumento jurídico “sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos.”

⁷² Lima Malvido, María de la Luz, *op.cit.*, p. 122.

LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO
ALCARAZ MONDRAGÓN

La finalidad del PROTRAP está encauzada a la prevención y combate de la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños, así como el proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y la promoción de la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Asimismo, el instrumento jurídico internacional en análisis, contiene una garantía para las personas que sean víctimas de la trata de personas, consistente en que los Estados Parte considerarán la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente cuando proceda.

Lo dispuesto por el artículo anterior resulta de relevancia y especial interés, ya que en el caso de que los Estados Parte incluyeran en su propia legislación interna, las medidas para que las víctimas de la trata de personas continúen en su territorio, gran parte de las víctimas del tráfico ilícito de migrantes, contarían también con una protección especial del Estado en el que se encuentran en el momento de ser sujetos pasivos del delito.

En cuestión de repatriación de víctimas de la trata de personas, el Protocolo analizado contiene un artículo específico que establece las reglas del procedimiento a seguir para llevarla a cabo.

Para mi estudio es de especial interés que el PROTRAP hace alusión a los derechos fundamentales de las víctimas de la trata de personas, en torno a su repatriación, donde el Estado parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad. Asimismo, con el fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, el Estado parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado receptor convendrá en expedir, previa solicitud del Estado parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarias para que la persona pueda viajar en su territorio y reingresar en él.

Lo dispuesto por el PROTRAP, no afectará los derechos reconocidos a las víctimas de la trata de personas con arreglo al derecho interno del Estado parte receptor.

En el Capítulo III del PROTRAP se encuentra regulado todo el régimen aplicable a la prevención y combate de la trata de personas, tal y como se observa con el mismo título “Medidas de prevención, cooperación y otras medidas.”

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Entre las medidas más importantes que se señalan para los Estados Parte, tenemos las concernientes a la prevención del delito, donde se establecen obligaciones de prevención para combatir la trata de personas, proteger a las víctimas de ésta, en especial mujeres y niños, incluso contra un nuevo riesgo de victimización, campañas de difusión, investigación, para prevenir la trata de personas. Para conseguirlo, los Estados Parte podrán solicitar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones que crean pertinentes, así como la inclusión en ello de otros sectores de la sociedad civil.

Al igual que el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el PROTRAP establece como prioridad para la prevención y combate de la trata de personas —y por consiguiente, el tráfico ilícito de migrantes en su nivel transnacional— el intercambio de información y capacitación de las autoridades encargadas de aplicar la ley, resaltando para fines de la presente tesis lo referente al intercambio de información y capacitación de las autoridades de los Estados Parte encargadas de hacer cumplir la ley, así como las autoridades competentes, de conformidad con su derecho interno, a fin de poder determinar si ciertas personas que cruzan o intentan cruzar una frontera internacional con documentos de viaje pertenecientes a terceros o sin documentos de viaje con autores o víctimas de la trata de personas; los tipos de documento de viaje que ciertas personas han utilizado o intentado utilizar para cruzar una frontera internacional con fines de trata de personas; y los medios y métodos utilizados por grupos delictivos organizados para los fines de la trata de personas, incluidos la captación y el transporte, las rutas y los vínculos entre personas y grupos involucrados en dicha trata, así como posibles medidas para detectarlos.

También se prevé el control y prevención de la trata de personas a través del establecimiento de medidas fronterizas, de la seguridad, control, legitimidad y validez de los documentos, mismos que no abordaremos en este apartado, ya que estas medidas se han analizado con detenimiento en el apartado que antecede, referente al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Al igual que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Protocolo contra la Trata de Personas, prevé el sistema de solución de controversias, en los mismos términos del artículo 35 de aquella.