

DIKE

REVISTA DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

36

Año 18 / núm. 36
Octubre 2024 - Marzo 2025



BUAP
revistas

DIRECTORIO

María Lilia Cedillo Ramírez
Rectora

José Manuel Alonso Orozco
Secretario General

Ygnacio Martínez Laguna
Vicerrector de Investigación y Estudios de Posgrado

Luis Antonio Lucio Venegas
Director General de Publicaciones

Georgina Tenorio Martínez
Directora de la Facultad de Derecho (FD)

Marcos Gutiérrez Ayala
Secretario de Investigación y Estudios de Posgrado (FD)

Roberto Carlos Gallardo Loya
Coordinador de Comunicación Científica (FD)
Editor Ejecutivo

Eric Cazalco Hernández
Asistente editorial

Víctor García Vázquez y Héctor Francisco González Fernández
Responsables de corrección y estilo

Carlos Martínez Osio
Responsable de traducción

Viridiana Rosas Martínez
Diseño de portada

Manuel Martín Ortiz
Soporte técnico

DIKE, año 18, número 36, octubre 2024 - marzo 2025, es una publicación semestral editada por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), con domicilio en 4 Sur No. 104, Col. Centro, C.P. 72000 Puebla, Pue., México, Tel. + 52 222 229 55 00 Ext. 7705. www.dike.buap.mx, editor responsable: Dr. Roberto Carlos Gallardo Loya, roberto.gallardoloya@correo.buap.mx. Reserva de derechos al uso exclusivo 04-2017-111113570000-203, E-ISSN: 2594-0708, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derecho de Autor de la Secretaría de Cultura. Responsable de la última actualización de este número: Coordinación de Comunicación Científica de la Facultad de Derecho, Dr. Roberto Carlos Gallardo Loya, domicilio en Avenida San Claudio esquina boulevard 22 sur, Col. Jardines de San Manuel, C.P. 72570, Puebla, Pue., México. Fecha de la última modificación: 30 de septiembre de 2024.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Tabla de contenidos / DIKE / No. 36

ARTÍCULOS

La extensión de las patentes farmacéuticas y el derecho a la salud. Verónica Hernández Morejón, Carlos Ernesto Arcudia Hernández	4
Racionalidad y Reinserción: Un Enfoque para la Imposición de Penas. Eva Grissel Castro Coria.....	24

ENSAYO

MIGRACIÓN Y DESARROLLO: El Estado nacional de derechos. <i>The interpretation of women's empowerment, from the perspective of law</i> Elsa Cristina Roqué Fourcade, Clara Castillo Lara.....	46
--	-----------

La extensión de las patentes farmacéuticas y el derecho a la salud*

The extension of pharmaceutical patents and the rights to health services

Verónica Hernández Morejón**
Carlos Ernesto Arcudia Hernández***

* Artículo de investigación postulado el 26/04/2023 y aceptado para publicación el 22/01/2024

** Investigadora de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
veronicahernandezm171116@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0560-5925>

*** Profesor Investigador de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
carlosarcudia@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9409-3014>

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es analizar la regulación en materia de patentes farmacéuticas para relacionarla con los efectos en el acceso a los medicamentos. Es una investigación documental en la que trataremos de ponderar el derecho humano a la salud y el derecho de propiedad industrial. Analizaremos la paulatina extensión de la protección patentaria de los medicamentos, implementado a través de la suscripción de tratados comerciales. Nos limitaremos al estudio de figuras como los certificados complementarios, protección de datos de prueba y la regulación de la vinculación de la patente y el registro sanitario (linkage) que se han implementado a nivel legal en México. Estudiaremos el impacto en el derecho a la salud, sobre todo en uno de sus elementos medulares que es el acceso a los medicamentos. En específico tres efectos: el incremento en el precio de los medicamentos; la obstrucción de la entrada al mercado de medicamentos genéricos; y, las tácticas de maximización de ganancias de las empresas farmacéuticas. Además de las afectaciones en el derecho de acceso a los medicamentos, la regulación de las patentes farmacéuticas y sus efectos, atentan contra la propia razón de ser del sistema de propiedad industrial que es el fomento a la innovación. La regulación de las patentes farmacéuticas requiere de ajustes para aprovechar las flexibilidades contenidas en los propios tratados internacionales.

PALABRAS CLAVES

ADPIC, TMEC, derecho a la salud, patentes, medicamentos.

SUMARIO

Introducción.
Metodología.
Marco Teórico.
Desarrollo.
Conclusiones.
Bibliografía

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze legal regulations on pharmaceutical patents in relation to the right to health services. This investigation researches the relationship between Intellectual Property Agreements and the right to health services. It focuses on how the gradual impact level in patents increased through commercial treaties. The study will be limited to figures such as complementary certificates, tests data protection and regulation patents set by sanitary records (linkage) that have become legally implemented in Mexico. The legal impact to health rights will be revised, the access to medicine as it is a core element. It will focus on three aspects: the increasing cost in medicine; the impediment of generic medicine to enter the local market and the outrageous maximization of profits by the pharmaceuticals. The damage to rights in medicine access, the regulation of pharmaceutical patents and their effects, undermine the industrial property system main reason of being, which is the encouragement to innovate. The regulation of the pharmaceutical patents require adjustments in order to take advantage of the flexible legal framework of international treaties.

KEYWORDS

TRIPS, USMCA, right to health, patents, medicines

Introducción

La concesión de patentes sobre medicamentos —y su paulatino reforzamiento— en México ha sido implementada en el ordenamiento jurídico por los compromisos adquiridos en los tratados de libre comercio. Esta protección ha provocado un proceso de mercantilización de los medicamentos con algunos efectos en el derecho a la salud, en particular el acceso a ellos. El incremento en el precio de los fármacos para tratar enfermedades como la diabetes, el cáncer o el Sida han ocasionado cierta dificultad a la población —y a los sistemas públicos de salud— para poder adquirirlos. La pandemia de Covid 19 también demostró la necesidad de contar con ciertos contrapesos a nivel del sistema de patentes para evitar afectaciones en el acceso a las vacunas, medicamentos y equipo para tratamiento.

Las patentes sobre medicamentos pasaron de estar prohibidas en algunos países a contar con protecciones reforzadas, inclusive más allá del sistema de patentes. Los efectos que provocan la protección de datos de prueba, el linkage o vinculación del registro sanitario con la patente, y determinadas prácticas de patentamiento de las empresas farmacéuticas tienen efectos en el derecho de acceso a los medicamentos.

Nuestro estudio pretende relacionar la extensión de los derechos de patentes farmacéuticas con los efectos que han traído, tales como el incremento en el precio de los medicamentos, la obstrucción al mercado de la entrada de medicamentos genéricos y las tácticas de maximización del monopolio patentario por parte de sus titulares.

Metodología

El presente trabajo es una investigación documental sobre la extensión del derecho de patentes sobre los medicamentos —por la vía de los tratados internacionales y la regulación legal nacional— y las afectaciones que acarrea en el derecho a la salud.

Nuestro objetivo es analizar la regulación en materia de propiedad industrial contenida en los acuerdos internacionales y en las leyes nacionales para tratar de relacionarla con los efectos que esa normativa ha traído en el acceso a los medicamentos.

Trataremos de demostrar que la protección de la propiedad industrial sobre los fármacos impacta en el derecho a la salud en general, y en particular, en el derecho de acceso a los medicamentos.

Haremos una ponderación entre el derecho a la salud, en concreto el derecho de acceso a los medicamentos, y el derecho de propiedad representado por las patentes. En este sentido, como derechos fundamentales, son mandatos de optimización, como tales ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas.¹

Efectuaremos un ejercicio de integración normativa, desde los tratados internacionales y analizaremos la trasposición de ciertos preceptos en materia de patentes farmacéuticas a la legislación mexicana en materia de propiedad industrial. Trataremos de explicar los efectos que esa legislación produce en el acceso a los medicamentos. Si bien aportaremos algunos datos concretos para ilustrar nuestras afirmaciones, dejamos para un estudio posterior profundizar sobre los aspectos empíricos.

1 Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, México, núm. 11, ene-jun 2011, p 8, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

Marco Teórico

1.- *El derecho a la salud y el acceso a los medicamentos*

El enfoque basado en los derechos humanos, del acceso a los medicamentos y a la salud, sostiene que los Estados son responsables de avanzar progresivamente hacia la plena realización de los derechos humanos. Aunque el Estado no es el único obligado, sino que esta perspectiva identifica otros actores que comparten esa responsabilidad. Frente a los derechos de primera generación —que solamente consideran al Estado—, este abordaje hace corresponsables a las multinacionales farmacéuticas que pudieran afectar la salud de las personas por las condiciones económicas de acceso a los medicamentos.²

El derecho de acceso a los medicamentos tiene cuatro condiciones a considerar: las medicinas tienen que estar disponibles en todo el territorio nacional; deben ser asequibles para todas las personas, incluidos los estratos económicamente bajos; no debe haber discriminación en su acceso; y, tanto profesionales médicos como pacientes deben contar con información oportuna y fidedigna sobre ellos para poder tomar decisiones informadas sobre el tratamiento de enfermedades.³

Sin perder de vista que la fabricación de medicamentos es una actividad económica que se caracteriza por la preeminencia de la información y el conocimiento como una estrategia para la competitividad económica. Los medicamentos que venden las empresas farmacéuticas tienen un vínculo directo con el bienestar de los individuos y de la sociedad por su influencia en el derecho a la salud. En consecuencia, los medicamentos están en un punto intermedio entre un bien de mercado y un bien social.⁴

La accesibilidad a los medicamentos no debe poner en riesgo el patrimonio de las personas. Es atentatorio contra los derechos humanos el que una persona tenga una fuerte afectación patrimonial con tal de acceder a medicamentos que por su precio le resultan privativos, pero que tiene que adquirirlos para preservar su salud.

Desde un enfoque de los derechos humanos, es responsabilidad tanto de los Estados como de las empresas farmacéuticas que se garantice la no discriminación y la equidad en el acceso a los medicamentos. De tal suerte que los sectores económicamente débiles de la sociedad tengan acceso a medicamentos esenciales para preservar su salud.

2. *El derecho a la salud en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*

El derecho a la salud está considerado como un derecho fundamental. Así como un derecho humano de segunda generación —esto es, de carácter social—. En el presente apartado analizaremos su reglamentación internacional en algunos instrumentos en materia de derechos humanos.

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios necesarios”.

2 Rompaey, Karen Van, “Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, derecho a la salud y acceso a los medicamentos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, núm. 15, 2009, p 503, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/58422>

3 Allard Soto, Raúl, “El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública”, *Acta Bioethica*, Santiago, vol. 21, núm. 1, junio, 2015, p 84, <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v21n1/art11.pdf>

4 Lema Spinelli, Sebastián, “Acceso a los medicamentos: las patentes y los medicamentos genéricos. Las consecuencias de considerar al medicamento como un bien de mercado y no social” *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 34, 2015, p 83, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000200008

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define al derecho a la salud considerándolo “un completo estado de bienestar físico, mental y social”. Se lo ha puesto como meta en su propuesta “Salud para Todos”.⁵ La propia Constitución de la OMS establece en su preámbulo una consideración que nos parece pertinente: “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

El artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se pronuncia en el mismo sentido que la consideración anterior porque establece el reconocimiento del “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Entre las medidas que los Estados están obligados a implementar el artículo 12.2 inciso d) del PIDESC postula “la creación de condiciones que aseguren a todos los seres humanos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sostuvo que los servicios médicos a los que alude el artículo 12.2 inciso d) del PIDESC incluyen los medicamentos esenciales. Por ende, el acceso a este tipo de medicamentos es uno de los componentes del derecho a la salud. La concepción del acceso a medicamentos como un derecho humano dejaría clara la primacía de la salud por encima de las reglas internacionales de comercio que privilegian los derechos de propiedad industrial.⁶ A continuación, analizaremos el concepto de derecho de patentes que es la otra parte de nuestro tema de estudio.

3.- *El derecho de patentes*

La patente es el reconocimiento que hace el Estado en favor de una persona aceptando que su invención es nueva, tiene actividad inventiva y es susceptible de aplicación industrial. Dicho reconocimiento se traduce en un monopolio de explotación comercial de la invención por un tiempo determinado.⁷ Es innegable que el reconocimiento al que hace referencia la patente tiene por finalidad el fomento de la innovación. Ésta demanda inversiones económicas y tiempo para poner a punto las invenciones. Pero cuando la materia patentada es un medicamento, hay que tener en cuenta las afectaciones que pudiera tener en el derecho a la salud.

La primacía del derecho humano de propiedad, sobre el derecho humano a la salud, que se promueve en los tratados comerciales que tendremos oportunidad de analizar, nos hace reflexionar sobre la mercantilización de este último derecho. Porque al supeditar el acceso a los medicamentos a no infringir los derechos de patente, provoca que quien quiera acceder a ellos para conservar su salud habrá de pagar como si fuese cualquier otro bien patentado. Luigi Ferrajoli diferenció a los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales, los primeros están basados en la libertad, los segundos en la propiedad.⁸ En este sentido, la propiedad está condicionando una libertad que es el derecho a la salud.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) fue pionero en incluir los aspectos de propiedad industrial en las negociaciones comerciales. Los Estados Unidos

5 Organización Panamericana de la Salud, *Tercera Evaluación de Salud para Todos en el Año 2000*, <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/7157/25292.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

6 Velásquez, Germán, “Pautas de patentabilidad y acceso a medicamentos”, en Becerra Ramírez, Manuel y Martínez Olivera, Roberto (coords.) *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*, México, IIJ-UNAM-ANAFAM, 2018, p 22.

7 Magaña Rufino, José Manuel, *Derecho de la Propiedad Industrial en México*, México, Porrúa, 2018, p 26.

8 Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid. Trotta, 2007, p 289

habían propuesto sacar la propiedad industrial de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial y llevarla al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) pero finalmente su propósito se materializó en el TLCAN y luego en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Industrial Relacionados con el Comercio (ADPIC) como anexo de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

De ahí que su regulación sobre propiedad intelectual sea prácticamente una copia del TLCAN.⁹ Ambos plasman las intenciones lideradas por Estados Unidos. El TLCAN es un precursor del ADPIC. Este último vino a reafirmar lo que ya estaba, pero ahora a nivel mundial para todos los países miembros de la OMC.

Desarrollo

1.- La regulación de las patentes farmacéuticas en los tratados internacionales de libre comercio

En esta sección analizaremos los dos tratados internacionales cuya regulación ha influido en la legislación de patentes mexicana: el ADPIC y el Tratado México, Estados Unidos y Canadá (TMEC).

a) Las patentes farmacéuticas en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.

El ADPIC, de 15 de abril de 1994, constituye el Anexo IC del Acuerdo por el que se establece la OMC, adoptado en el marco de la Ronda Uruguay del GATT.¹⁰ Este tratado estableció estándares altos de propiedad industrial a los miembros de la OMC.

Iniciaremos el estudio del ADPIC con el agotamiento del derecho de patente —es decir— el límite al derecho de exclusiva cuando una persona use, adquiera o comercialice la invención patentada luego de haberla adquirido lícitamente en el comercio,¹¹ el artículo 6 del ADPIC establece que no se hará uso de disposición alguna en el ADPIC. Con esta flexibilidad cada país puede regular el agotamiento según sus propios intereses.

El ADPIC obliga a los estados miembros a dar protección a todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre y cuando sean nuevos, entrañen una actividad inventiva (o no obviedad) y sean susceptibles de aplicación industrial (o utilidad), en términos del artículo 27.1 ADPIC. Sin embargo, los países miembros pueden excluir de la patentabilidad las invenciones si es necesario proteger el orden público la moralidad —inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales—, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que dicha exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación, en términos del artículo 27.2 ADPIC. Por ende, una patente puede ser negada por cuestiones de orden público o moralidad, pero el ADPIC no define qué se entiende por dichos términos.¹² Aunque, si hace una enumeración de lo que se podría considerar como atentatorio para el orden público y la moralidad.

⁹ Rangel Ortiz, Horacio, "La propiedad intelectual en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte", *Actas de Derecho Industrial y de Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 15, 1993, pp. 787-798.

¹⁰ Gómez Segade, José Antonio, "El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual", *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 16, 1995, p. 35-49.

¹¹ Magaña Rufino, José Manuel, *op. cit.*, p. 38.

¹² Verma, Surinder Kaur, "TRIPs and Plant Variety Protection in Developing Countries", *European Intellectual Property Review*, Londres, vol. 17, núm. 6, 1995, pp. 281-289. El artículo 1708 párrafos 1 y 2 del TLCAN contienen una formulación idéntica a este precepto del ADPIC.

El artículo 30 del ADPIC contiene la excepción a los derechos de patente en los que se extrapola del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas: la regla de los tres pasos.¹³ Esta regla establece que las excepciones a los derechos de patente deben ser limitadas; no deben atentar contra la explotación normal de la patente; y, no han de causar perjuicio injustificado a los derechos del titular.¹⁴

Existen supuestos en los que el titular de una patente es obligado a concederle una licencia a un tercero. Así las cosas, el artículo 31 del ADPIC establece las reglas generales, a saber: que sean licencias no exclusivas y que puedan concederse por causa de utilidad pública. Tales licencias tienen por objeto abastecer el mercado interno del estado que las conceda.

En algunos países, las autoridades nacionales sujetan la autorización para comercializar productos farmacéuticos la presentación de estudios que demuestren la seguridad, calidad y eficacia de los medicamentos que pretenden introducir al mercado. Estos datos se obtienen de estudios preclínicos y clínicos en animales y seres humanos. Son resultado de pruebas de eficacia, toxicidad, métodos de producción, condiciones de manejo, empaque y preservación. Es evidente que la realización de estos estudios conlleva cierta inversión económica por parte de las farmacéuticas y que éstas quieran proteger la información de sus estudios de una manera efectiva.¹⁵

El artículo 39.3 del ADPIC obliga a dar protección contra uso comercial desleal a los datos de prueba u otros datos en el caso de que los países los exijan como requisito para dar una autorización para comercializar un producto farmacéutico. Esta protección también fue objeto de extensión en el TMEC.

Ahora bien, todas estas extensiones de la regulación de las patentes en general —y farmacéuticas en particular— suscitó algunas preocupaciones en los países en vías de desarrollo sobre la forma en que el ADPIC pudiera limitar el acceso a los medicamentos. Esta situación originó la Declaración Ministerial de Doha relativa al ADPIC y la Salud Pública.

Esta Declaración Ministerial fue la respuesta a las preocupaciones del Grupo Africano por las implicaciones del ADPIC en el acceso a los medicamentos. Sobre todo, los tratamientos para el VIH y los contenciosos de Sudáfrica y Brasil contra las patentes farmacéuticas. La Declaración Ministerial de Doha confirmó el uso de las flexibilidades del ADPIC para proteger la salud pública. De tal suerte que se pueden conceder licencias obligatorias y se pueden determinar con libertad las bases para concederlas. Se abordó el caso de la concesión de este tipo de licencias por emergencia nacional, situaciones de extrema urgencia o crisis de salud pública. Se dejó en libertad a cada país de establecer las circunstancias que configurarían estas situaciones.¹⁶

En el marco de la emergencia sanitaria mundial por la pandemia de la Covid 19, el 2 de octubre de 2020, Sudáfrica y la India —de manera conjunta— elevaron una Comunicación bajo el título de *Waiver from certain provisions of the TRIPS Agreement for the prevention, containment and treatment of Covid-19* al Consejo del ADPIC. En esta iniciativa se sugirió la posibilidad de aprobar una exención temporal de los derechos de propiedad industrial —en concreto, dere-

13 Artículo 9. (2) del Acta del Convenio de Berna de 1969

14 Seuba, Xavier et. al., “La excepción de fabricación para la exportación”, en Becerra Ramírez, Manuel y Martínez Olvera, Roberto *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*, México, IIJ-UNAM-ANAFAM, 2018, p. 121.

15 Terlizzi, María Sol, “El lugar de la ética en el debate contemporáneo sobre propiedad intelectual: acceso a medicamentos y datos de prueba clínicos”, *Perspectivas Bioéticas*, Ayacucho, vol. 16, núm. 31, 2011, pp. 43-64.

16 Lois Bastida, Fátima, “La Declaración de Doha relativa al acuerdo ADPIC (TRIP's) y la salud pública: desarrollo y aplicación actual”, *Actas de Derecho Industrial y de Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 28, 2008, p. 605-622.

chos de autor, diseños industriales, patentes y protección de información no divulgada— que recayesen sobre medicamentos, vacunas y otros equipos y tecnologías relacionados con la Covid 19.¹⁷ Un fruto de esta iniciativa es que en el Duodécima Conferencia Ministerial de la OMC (CM12), los Ministros de Comercio adoptaron la Decisión sobre el ADPIC, en la que se confirma que los Miembros podrán anular el efecto exclusivo de las patentes y dispondrán de un mayor margen para adoptar medidas directas a fin de diversificar la producción de vacunas contra la Covid 19 previa aclaración de las flexibilidades existentes y acogiendo a una exención específica durante los cinco años siguientes.¹⁸

b) La regulación de las patentes en el Tratado México, Estados Unidos y Canadá La administración del Presidente Donald Trump impuso la renegociación del TLCAN. Su sustituto fue el TMEC, suscrito el 30 de noviembre de 2018. No obstante, se tuvieron que reabrir negociaciones a petición de los legisladores del Partido Demócrata de los Estados Unidos, quienes tenían en ese entonces mayoría en la Cámara de Representantes. Pidieron, entre otras cosas, una serie de cambios al texto del TMEC en materia de propiedad intelectual. Nos centraremos en las modificaciones al Capítulo 20 del TMEC para favorecer el desarrollo de medicamentos genéricos. El Protocolo Modificadorio fue firmado el 10 de diciembre de 2019. Este protocolo introdujo cambios, sobre todo en materia de propiedad intelectual, y —sobre todo— en lo relativo a patentes farmacéuticas¹⁹. El TMEC entró en vigor el 1 de julio de 2020.²⁰

Uno de los cambios más importantes del Protocolo Modificadorio fue la eliminación del párrafo 2 del artículo 20.36 del TMEC. Ese precepto abría la puerta a que cada parte concediera patentes sobre nuevos usos de un producto conocido, nuevos métodos para usar un producto conocido o nuevos procesos para usar un producto conocido.²¹

El artículo 20.44 del TMEC en su primer párrafo contiene una obligación a realizar los mejores esfuerzos para procesar las solicitudes de patente de una manera eficiente y oportuna con el fin de evitar retrasos irrazonables o innecesarios.²² En su segundo párrafo, establece la obligación de contar con mecanismos por los que los solicitantes puedan requerir la aceleración del procedimiento de concesión de las patentes. El tercer párrafo regula el ajuste del plazo por retrasos irrazonables. El párrafo 4º cierra la regulación estableciendo pautas para determinar la irrazonabilidad de los retrasos. Lo cifra en cinco años a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

17 Sánchez García, Luz, “Un nuevo debate sobre las patentes farmacéuticas a propósito del coronavirus Sars-Cov 2”, *Ekonómia*, Vitoria-Gasteiz, núm. 100, 2021, p. 234-266, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8313174>

18 Organización Mundial de Comercio, *Los Miembros se inclinan por prorrogar el plazo para ampliar la Decisión relativa al Acuerdo sobre los ADPIC a los tratamientos y medios de diagnóstico para la COVID-19*, 2022, https://www.wto.org/spanish/news_s/news22_s/trip_15dec22_s.htm

19 Becerra Ramírez, Manuel, “El protocolo modificadorio al T-MEC. Su recepción en el derecho interno”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 1, núm. 21, 2021, p. 983-985, <https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2021.21.15617>

20 Orozco Rivera, Ernesto David, “La cuestión de las patentes en el tratado México-Estados Unidos-Canadá ¿un obstáculo para el desarrollo de medicamentos genéricos”, *Temas Estratégicos*, México, núm. 86, 2020, pp. 1-15, http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/5095/TE%2086%20Patentes%20en%20el%20T_MEC.pdf?sequence=1&isAllowed=y

21 Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.* p. 985.

22 La cláusula de “mejores esfuerzos” ha de interpretarse en que entraña una obligación jurídicamente exigible. Rangel Ortiz, Horacio, “Las patentes en el nuevo Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá. 2018 (T-MEC/USM-CA/NAFTA 2)”, *Actas de Derecho Industrial y de Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 38, 2019, pp. 127-148.

El *linkage*, que expondremos más adelante, vincula la patente con la autorización del registro sanitario y puede acarrear retrasos en la comercialización de los medicamentos. Por ello los miembros del TMEC se comprometen en el artículo 20.46 a acelerar esos procedimientos, y ajustar el plazo de la patente para compensar al titular por las reducciones irrazonables al plazo efectivo de la patente resultante del proceso de autorización de comercialización. Por ende, un retraso en el proceso de concesión tiene como consecuencia que el titular de la patente tenga menos tiempo para explotarla comercialmente. En consecuencia, el artículo 20.46 del TMEC establece que se podrá ajustar el plazo de la patente para compensar esos retrasos. El Protocolo Modificatorio adicionó una nota al pie al apartado 3 del artículo 20.46 del TMEC explicando de manera ilustrativa la forma en la que ha de hacerse el ajuste a la duración de la patente.²³

El artículo 20.47 del TMEC establece la excepción basada en el examen reglamentario de la revisión, mediante la obligación de adoptar un sistema de excepciones al ejercicio del derecho exclusivo de una patente en el contexto de los procedimientos para obtener la aprobación sanitaria de un producto farmacéutico iniciados por un tercero distinto al dueño de una patente. El Protocolo Modificatorio de Ciudad de México precisó las conductas específicas comprendidas en la excepción. Así las cosas, ésta permite a una tercera persona fabricar, usar, vender, ofrecer para venta, o importar en el territorio de esa Parte, un producto cubierto por una patente vigente únicamente para fines relacionados con la generación de información para cumplir con los requisitos para la autorización de comercialización del producto.²⁴

El artículo 20.48 del TMEC regula la protección de los datos de prueba y otros datos no divulgados. Concede un período de exclusividad de datos de prueba u otros datos no divulgados concernientes a la seguridad y eficacia de un fármaco por 5 años, para nuevos medicamentos; y de 3 años para los mismos datos en caso de segundos usos de un fármaco ya existente. El Protocolo Modificatorio introdujo una nota a pie de página 42 la cual postula que se entenderá que el titular de la patente ha dado su consentimiento tácito, una vez le hayan notificado directamente de la solicitud de comercialización y el titular de la patente no demande en los 45 días posteriores a dicha notificación.

Ese mismo Protocolo Modificatorio eliminó la protección de 10 años a medicamentos biológicos, así como la obligatoriedad de protección de datos clínicos vía la supresión del artículo 20.49 del TMEC²⁵.

El *linkage*, o vinculación del registro sanitario y las patentes, está regulado en el precepto 20.50 del TMEC. Establece dos sistemas de vinculación. Primero, el que se usa en Estados Unidos conocido como *Abbreviated New Drug Application* (ANDA)²⁶, mediante el cual se le da aviso al titular de la patente y si no demanda por infracción, se entiende que dio su consentimiento. Y, segundo, también se prevé el sistema que se lleva en México, que requiere de la colaboración del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) y de la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios (COFEPRIS).²⁷

23 Rangel Ortiz, Horacio, "Las patentes en el protocolo de Ciudad de México (2019) modificadorio del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (Buenos Aires, 2018)", *Actas de Derecho Industrial y de Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 41, 2021, p 321-336.

24 *Ibidem*, p. 329.

25 Vid. Orozco Rivera, Ernesto David, *op. cit.*, p. 3.

26 Vid. Alcaraz, Gustavo, "La vinculación entre patentes y registros sanitarios en México", en Becerra Ramírez, Manuel y Martínez Olvera, Roberto (coords), *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*, México, IIJ-UNAM-ANAFAM, 2018, pp 54-57.

27 Giménez Pereira, Martha *Efectos de la protección de las patentes farmacéuticas, un análisis de propiedad intelectual*,

2.- La legislación mexicana en materia de patentes farmacéuticas.

La recepción tanto del ADPIC como del TMEC en materia de patentes farmacéuticas ha ocasionado modificaciones profundas a nuestra legislación nacional de propiedad industrial. En este apartado abordaremos la aceptación de la patentabilidad de los medicamentos en la legislación de patentes, la implementación de la vinculación entre el registro sanitario y las patentes, así como la regulación de las patentes farmacéuticas en la legislación en materia de propiedad industrial vigente.

a) La patentabilidad de los medicamentos en la Ley de Propiedad Industrial.

La patentabilidad de los medicamentos fue aceptada en México con la entrada en vigor de la abrogada Ley de la Propiedad Industrial (LPI). Esta legislación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 27 de junio de 1991, con el nombre de Ley Federal para la Protección y Fomento de la Propiedad Industrial (LFPFPI). La admisibilidad plena de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas se estableció en el artículo 20 Fracción I, inciso c) de la LFPFPI que postula que serán patentables “los procesos biotecnológicos de obtención de fármacos y medicamentos en general”.

El 24 de agosto 1994 fue publicado en el DOF la reforma a la LFPFPI que tiene como antecedente directo la entrada en vigor, el 1 de enero de 1994, del TLCAN y la firma ese mismo año del Tratado de Marrakech – cuyo Anexo 1C es el ADPIC-. Se modificó su denominación a LPI. También hubo cambios en las condiciones de patentabilidad. Se hizo una declaración general de patentabilidad y se estableció que solamente las invenciones que se encuentren en los supuestos de excepción del artículo 16 de la LPI no serán patentables. Evidentemente, entre las excepciones no se encontraban los medicamentos. El artículo 86 bis de la LPI hace una remisión a los tratados internacionales suscritos por nuestro país para determinar la forma en la que se daría protección a los datos de prueba que deban aportar los solicitantes de registros sanitarios para comercializar medicamentos.

b) La vinculación entre las patentes y los registros sanitarios.

Otro paso, pero a nivel reglamentario, fue la vinculación entre patentes y el registro sanitario conocida con el anglicismo *linkage*, fue establecida por reformas al Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial (RLPI) y el Reglamento de Insumos para la Salud (RIS).

El artículo 47 bis del RLPI establece la obligación del IMPI de publicar semestralmente una Gaceta de Medicamentos que contengan las patentes vigentes.

El procedimiento de la vinculación lo establece el artículo 167 bis del RIS. Se contemplan dos supuestos. En el primero, el solicitante del registro sanitario de un medicamento entrega a la COFEPRIS evidencia de que es el titular del derecho de patente del medicamento a registrar o de un contrato de licencia.

El segundo supuesto es un poco más complejo. El solicitante manifiesta, bajo protesta de decir verdad, que el medicamento para el cual solicita registro sanitario no se encuentra en la Gaceta de Medicamentos, al que hace referencia el artículo 47 bis del RLPI. En este supuesto la COFEPRIS pedirá información al IMPI para determinar si esa solicitud invade derechos de patente en vigor. En caso de que el IMPI conteste que existen derechos vigentes sobre el medicamento y el solicitante no es titular ni licenciataria; la COFEPRIS prevendrá al solici-

tante del registro para que compruebe que cuenta con la licencia respectiva. Si el solicitante no cumple la prevención, la COFEPRIS negará el registro sanitario.²⁸

c) Las patentes farmacéuticas en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. La Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (LFPPI) que entró en vigor el 5 de noviembre de 2020, contiene algunas novedades en materia de patentes farmacéuticas. Su entrada en vigor obedece a la necesidad de cumplir con los compromisos de México en el TMEC, tratado que entró en vigor el 1 de julio de ese mismo año. La LFPPI abre la puerta a las patentes de segundo uso médico; establece una excepción contenida en el ADPIC que no había sido positivizada; regula la Cláusula Bolar; trata de establecer bases legales para el linkage, porque la regulación vigente está basada en dos reglamentos; adopta los certificados complementarios; y, establece la regulación de la protección de los datos de prueba remitiendo a los tratados internacionales.

La fracción I del artículo 45 de la LFPPI establece que se considera nuevo todo aquello que no se encuentre en el estado de la técnica. No se excluirá de la patentabilidad a cualquier sustancia, compuesto o composición comprendida en el estado de la técnica, siempre y cuando su utilización sea nueva.

El uso de patentes de usos y segundos usos constituyen una figura jurídica controvertida, capaz de generar debates —especialmente virulentos— en cuanto al ámbito técnico al que se refiere la invención es el farmacéutico. Quienes las desapruueban suelen centrar sus argumentos en la condena que representan para la transferencia de tecnología y el acceso a la salud, apuntando que este tipo de patentes, persigue la extensión de un derecho industrial sobre un producto o procedimiento farmacéutico que forma parte del estado de la técnica y que se asemeja más a un descubrimiento. Quienes están a favor aducen que lo que distingue un descubrimiento de una invención es lo que tiene en mente el inventor al momento de emprender sus investigaciones.²⁹

Dependiendo de las reivindicaciones pueden ser de tres tipos: a) “Uso del producto X para el propósito Y”. En el entendido que X es un producto conocido y la novedad es el propósito; b) Siss type claim o Swiss claim se redacta “uso de un compuesto X para la fabricación de un medicamento para el tratamiento de la enfermedad Y”, el compuesto X es conocido y la novedad es la aplicación del medicamento; y, c) Por último, “Procedimiento para la fabricación de un medicamento destinado al tratamiento de la enfermedad Y, caracterizado porque comprende el compuesto X”, el compuesto X es conocido, el procedimiento no es novedoso, sino la aplicación del compuesto X como principio activo para combatir la enfermedad.³⁰

A diferencia de la LPI, la LPFPI sí regula la excepción contenida en la fracción I del artículo 49 de esta Ley que establece que “no serán patentables las invenciones (...) cuya explotación deba impedirse para proteger la salud o la vida de las personas...”.

28 Alcaraz, Gustavo, *op. cit.*, pp.41-53.

29 Rodríguez Spinelli, Francesca, “Patentes de Segundo uso: Nuevas Tendencias en el Derecho Comparado y en los Tratados de Libre Comercio”, *Revista Propiedad Intelectual*, Venezuela, Mérida, vol. 10, núm. 14, 2011, p 136, <https://www.redalyc.org/pdf/1890/189020164007.pdf>. Esta postura del legislador mexicano, a todas luces violatoria del Protocolo Modificador del T-MEC, también es violatoria de la Constitución, que en su artículo 1o. contiene un bloque constitucional de derechos humanos, en el que se encuentra el derecho a la salud. Becerra Ramírez, M, *op. cit.*, p. 985.

30 Giménez Pereira, Martha, *op. cit.*, p. 174.

Suponemos que el legislador quiso positivizar la exclusión contenida en el artículo 27.2 del ADPIC al que ya hicimos referencia en una sección anterior. Para efectos de una posible limitación a los derechos de patentes sería de mucha utilidad.

Uno de los cambios más trascendentales LFPPI es que en la fracción II del artículo 57 regula la Cláusula Bolar dejando inaplicado el derecho de una patente a: “Un tercero que use, fabrique, ofrezca en venta o importe un producto con una patente vigente, exclusivamente para generar pruebas, información y producción experimental necesarias para la obtención de registros sanitarios de medicamentos para la salud humana”.

El permanente pulso entre la industria farmacéutica innovadora —titular de patentes— y la industria de medicamentos genéricos también se ha manifestado en el ámbito del procedimiento administrativo previo a la comercialización de todo medicamento. Puesto que, los fabricantes de medicamentos genéricos no pueden comercializar sus productos en tanto en no expire la patente sobre el medicamento de referencia. No obstante, la industria de genéricos está muy interesada en iniciar —ya durante la vida de la patente del medicamento de referencia— el procedimiento de autorización previa a la comercialización del genérico. De este modo, podrá comercializar los genéricos inmediatamente expire el plazo de la patente. Sin embargo, antes de iniciar este procedimiento los fabricantes de genéricos deberán realizar una serie de estudios o ensayos, de forma destacada los de bioequivalencia con el medicamento de referencia³¹.

Por último, comentaremos que el artículo 168 de la LFPPI protege los datos de prueba haciendo remisión a los tratados internacionales que han sido suscritos por México.

3.- Las afectaciones en el acceso a los medicamentos ocasionadas por el sistema de patentes.

a) Incremento en el precio de los medicamentos.

El esquema patente-monopolio-alto precio-acceso restringido no presenta problema alguno cuando se trata de patentar una simple mercancía: un perfume, un aparato de música. El problema se plantea cuando se otorgan monopolios a bienes públicos o productos esenciales para prevenir la enfermedad, recuperar la salud o evitar la muerte.³²

La fijación del precio de un producto se calcula entre el costo y su valor. El primero es lo mínimo que el fabricante necesita para seguir produciendo. El segundo es lo máximo que el consumidor está dispuesto a pagar por el beneficio que espera obtener. La libre competencia tenderá a llevar el precio a su costo marginal; los monopolios, tenderán a llevar el precio al valor. El argumento en contra de los precios elevados de los medicamentos no es una cuestión anti-empresarial. Los precios por encima de una remuneración normal y la buena gestión empresarial implican distorsiones a la economía y menor bienestar del que sería posible de otra forma.³³

La concentración y centralización de la industria farmacéutica permitió eliminar la competencia y dominar la producción de medicamentos; situación que la industria ha sabido aprovechar como ventaja comercial efectiva.³⁴ A continuación, en la tabla 1, presentamos el

31 García Vidal, Ángel, “La cláusula Bolar a licitud de los actos preparatorios de la autorización para comercializar un medicamento genérico realizados durante la vigencia de la correspondiente patente farmacéutica”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 24, 2006, pp. 187-206.

32 Velásquez, Germán, *op. cit.*, p. 2.

33 Lamata Cotanda, Fernando et. al., *Medicamentos ¿Derecho Humano o Negocio?*, Madrid, Díaz de Santos, 2017, pp. 25-26.

34 Molina Salazar, Raúl Eduardo et. Al., “Competencia y precios en el mercado farmacéutico mexicano”, *Revista Salud Pública de México*, México, núm. 50, 2008, p. 497, <https://www.scielo.org.mx/pdf/spm/v50s4/11.pdf>

incremento de los precios en medicamentos para tratar enfermedades crónicas: cáncer, diabetes y Sida. Así como afecciones pulmonares.

Principio activo y Presentación del Medicamento	Enfermedad que combate	Vigencia de la Patente	Precio por año	
Nintedanib (caja con 60 cápsulas con 150 mg)	Cáncer	4 de junio de 2029	<u>2021</u> \$62,613.00	<u>2022</u> \$68,732.00
Olodaterol /Triotopio (caja con cartucho con 4 ml que contiene 30 dosis (4ml/1/2.5+2.5))	Afecciones pulmonares	6 de octubre de 2026	<u>2021</u> \$1,804.00	<u>2022</u> \$1,933.00
Linagliptina (caja con 10 Tabletas de 5 mg)	Diabetes	30 de abril de 2027	<u>2021</u> \$699.00	<u>2022</u> \$2,087.00
Sitagliptina (caja con 28 tabletas de 25 mg)	Diabetes tipo II	18 de junio de 2024	<u>2021</u> \$1,494.15	<u>2022</u> \$1,692.93
Dolutegravir, Lamivudina, Abacavir (caja con un frasco con 30 tabletas con 50 mg/600 mg/300 mg)	VIH en ciertos adultos y niños que pesan al menos 44 kg.	24 de enero de 2031	<u>2021</u> \$15, 750.00	<u>2022</u> \$15, 750.00

Tabla 1.- Precios de medicamentos para tratar enfermedades crónicas y pulmonares.³⁵

Podemos apreciar que existe un incremento anual en el precio de los medicamentos patentados para el tratamiento de enfermedades comunes en México. Si bien, en algunos casos como el antirretroviral Dolutegravir, Lamivudina, Abacavir, no aumentó el costo en el período analizado, hay que resaltar que para el 2019, esta misma presentación del fármaco costaba \$15 000.00 pesos³⁶ y ya para en 2021 la cifra ascendió a \$15 750.00 pesos.³⁷

Además, hay algunos medicamentos cuya patente vence en más de 3 años, por lo que a corto o mediano plazo no habrá medicamentos genéricos disponibles en el mercado. En la Gaceta de Medicamentos del IMPI (de 18 de febrero de 2022), se observa una lista conside-

35 Precios registrados de medicamentos con patente vigente 1 al 28 de febrero de 2021, https://www.economia.gob.mx/files/transparencia/focalizada/lista_de_precios_medicamentos_de_patente.pdf,

Precios máximos de venta al público de medicamentos registrados 1/vigentes al 31 de marzo de 2022, https://www.economia.gob.mx/files/transparencia/gobmx/docs/precios_medicamentos_patente.pdf,

36 Precios registrados de medicamentos con patente vigente 1 al 31 de agosto de 2019, https://www.economia.gob.mx/files/transparencia/focalizada/lista_de_precios_medicamentos_de_patente_agosto_2019.pdf

37 Precios registrados de medicamentos con patente vigente 1 al 28 de febrero de 2021, *op. cit.*

table de medicamentos patentados, de los cuales varios tienen vigencia hasta 2038. Previsiblemente el precio de estos medicamentos seguirá aumentando mientras siga vigente la patente.

La emergencia sanitaria de Covid 19 nos trajo también ejemplos ominosos de incrementos en el coste de los medicamentos. Un estudio en España estimado el costo de producir Remdesivir en 9 € por persona para un tratamiento de 10 días (0,93 €/día de tratamiento/persona), que es un precio asequible. Esta circunstancia permitiría un acceso universal al fármaco, aun añadiendo un margen de beneficio para los fabricantes.

Sin embargo, el sistema actual de protección de patentes y exclusividad comercial multiplica el coste de adquisición hasta límites insostenibles para los sistemas sanitarios, a pesar de que los estudios para el desarrollo de fármacos como este hayan podido recibir importante financiación a través de fondos públicos. En el caso de Remdesivir, la compañía farmacéutica ha establecido el precio del vial en 350 €. Por lo que el costo de un tratamiento para un paciente de 5 a 10 días ascendería a 2.100-3.800 €. ³⁸

b) Obstrucción de la entrada al mercado de medicamentos genéricos.

En un sistema de libre mercado y libre competencia, cuando la empresa fija el precio de un nuevo producto por el “valor” de la satisfacción que logra en el cliente, tiende a poner el precio más alto que el cliente está dispuesto a pagar y puede pagar, porque en ese momento el producto es único y se supone que es mejor que los anteriores. Pero inmediatamente surgen otros productos similares (en el caso de los medicamentos: los genéricos y los similares) que hacen lo mismo a menor precio. Compiten por el cliente, con lo que se obligan a bajar los precios, acercándose al precio de costo de producción. ³⁹

Este modelo de fomento a la innovación farmacéutica se ve comprometido porque las patentes de segundo uso, la protección de los datos de prueba y el *linkage* son medidas que retrasan la entrada al mercado de los genéricos y similares.

La fracción XIV del artículo 2º del RIS establece que los medicamentos genéricos son especialidades farmacéuticas, que con idéntica sustancia activa, con igual concentración, por la misma vía de administración —mediante las pruebas requeridas—, ha comprobado que sus especificaciones, perfiles o su biodisponibilidad son equivalentes a las del medicamento de patente.

Los medicamentos similares son genéricos, pero no son sometidos a las pruebas que sí son sometidos los genéricos para garantizar su seguridad. Por ende, no son muy populares en el mercado mexicano. ⁴⁰

Para poder comercializar cualquier medicamento (sea de patente, genérico o similar) se debe contar con un registro sanitario expedido por la COFEPRIS. Hemos visto líneas arriba que el artículo 167 bis del RIS establece que los solicitantes del registro sanitario deben anexar documentación de que son los titulares de la patente o cuentan con licencia. Y que la COFEPRIS debe ponerse en contacto con el IMPI a fin de verificar la información. En la práctica, representa un escollo a la comercialización de genéricos debido a las patentes.

38 Leache, Leire, “Transparencia y Acceso a los medicamentos: a propósito de la pandemia por Covid 19”, Revista OFIL-ILHAPAR, Madrid, vol. 30, núm. 3, 2020, p 186, <https://scielo.isciii.es/pdf/ofil/v30n3/1699-714X-ofil-30-03-185.pdf>
39 Lamata Cotanda, Fernando, *op. cit.*, pp. 27-28.

40 Lifshitz Guinzberg, Alberto, “Las alternativas farmacéuticas (Medicamentos innovadores, de patente, genéricos, similares y otros)”, Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, México, vol. 54, núm. 5, 2011, p. 49, <https://www.scielo.org.mx/pdf/facmed/v54n5/v54n5a8.pdf>.

En Estados Unidos el *linkage* se hace de diferente manera. Al momento de solicitar el equivalente al registro sanitario ante la *United States Food and Drug Administration* (FDA) y la patente del medicamento esté listada como vigente en el *Libro Naranja* (que es el equivalente a la Gaceta de Medicamentos del IMPI), el solicitante debe notificar al titular de la patente involucrada. Si el titular no demanda en el término de 45 días, se entiende que da su consentimiento. En caso de que demande, la FDA suspenderá el trámite del registro sanitario hasta por 30 meses.⁴¹ De esta forma son los titulares de las patentes quienes defiendan sus derechos y no como en el sistema mexicano que son la COFEPRIS y el IMPI.

Ahora bien, la protección a los datos de prueba también obstaculiza la entrada de los medicamentos genéricos al mercado. Según el artículo 168 de la LFPPI en remisión al TMEC, nuestro país debe conceder protección de 5 años a los datos de prueba cuando se trate de un producto nuevo; o 3 años, si se trata de un segundo uso, en términos de los incisos 1 y 2 del artículo 20.48 del TMEC. En este sentido, la nota al pie 42 que fue introducida por el Protocolo Modificatorio, que pide notificar al titular de la patente y que si no responde en 45 días tendrá por consentido el uso de los datos de prueba, es una ventana de oportunidad para los fabricantes de genéricos.

Por último, el empleo de patentes de segundo uso, y a la vista del *linkage* que se sigue en México, puede obstaculizar aún por más tiempo. Así las cosas, al acercarse el término de vigencia de la patente, las farmacéuticas desarrollan alguna mejora insignificante o un segundo uso médico. De tal suerte que sin agregar nada al estado de la técnica, pueden seguir extendiendo indebidamente su monopolio patentario.⁴²

c) Tácticas de maximización de ganancias de las empresas farmacéuticas.

Las empresas farmacéuticas tratan de sacar el mayor de los provechos de los derechos de patente. Por ello suelen recurrir a ciertas tácticas que maximizan sus ganancias con la misma inversión. Las empresas ponen el foco en el tratamiento de ciertas enfermedades que les son rentables. Se pone la atención en la cronicación de enfermedades como la diabetes o el VIH-Sida. En lugar de desarrollar un tratamiento o una vacuna que elimine la enfermedad. De otro lado, existen medicamentos huérfanos, es decir aquellos que no serían desarrollados por las farmacéuticas porque no son rentables pero que responden a necesidades de salud pública. Son medicamentos que sirven para tratar enfermedades raras que son trastornos crónicos que aparecen en etapas tempranas de la vida -o la edad adulta- y que afectan la calidad de vida de las personas.⁴³

La innovación del sector farmacéutico actualmente se basa en una práctica que se llama *evergreening* o reverdecimiento, consiste en proteger una misma sustancia por múltiples patentes —normalmente sobre pequeñas mejoras para cubrir distintas vertientes asociados a un medicamento—. Esta práctica, además de extender su monopolio de manera indebida, retrasa la entrada de medicamentos genéricos.⁴⁴

41 Alcaraz, Gustavo, *op. cit.*, pp. 55-56.

42 Rodríguez Spinelli, Francesca, *op. cit.*, p. 136

43 Esteban, Jesús y Benito, Carcar, "Las enfermedades raras y su significación en el derecho a la investigación y a la asistencia sanitaria: un deber de justicia", *D.S. Derecho y Salud*, Madrid, núm. 27 (Extra 1), 2017, p. 177, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334693>

44 Sánchez García, Luz, *op. cit.*, p 242.

También suelen presentar determinados tipos de reivindicaciones que no aportan una innovación, como por ejemplo sales, ésteres y otras formas de medicamentos que pueden obtenerse por procedimientos comunes; se reivindican las sustancias activas y sus polimorfos cuando “estos últimos son propiedades del estado sólido. Se hacen reivindicaciones tipo *Markush* que abarcan un gran número de compuestos; o bien, patentes de selección de determinados componentes ya patentados. Todas estas formas de presentar las solicitudes de patente deben ser desestimadas”.⁴⁵

Por último, las corporaciones farmacéuticas también utilizan estrategias de patentamiento que atentan contra la lógica del propio sistema de patentes. Por ejemplo, el *blanketing* que consiste en crear una serie de patentes relacionadas con el proceso de fabricación de un medicamento para blindarlo. También el *flooding*, que consiste en obtener sobre un mismo producto varias patentes⁴⁶. Son prácticas que pretenden extender el monopolio patentario sin contribuir a la innovación.

Conclusiones

Una de las exigencias de los tratados comerciales a partir del TLCAN — nivel regional— y del ADPIC —a nivel internacional— ha sido la aplicación de estándares altos de protección de propiedad industrial. El caso que nos ocupa ha sido emblemático, porque las patentes farmacéuticas estaban limitadas, o bien prohibidas —como en el caso de México— pero a partir de la suscripción del TLCAN, del ADPIC y del TMEC nuestro país ha ido incrementando notoriamente la protección a las patentes farmacéuticas. Este incremento, evidentemente, trae afectaciones al derecho humano a la salud, en concreto afecta el acceso a los medicamentos. El cual queda supeditado al derecho de propiedad de los titulares de las patentes.

Para los efectos de nuestro estudio resultan de interés la Declaración Ministerial de Doha en la cual se admite el uso de las flexibilidades del ADPIC para mitigar los efectos de las patentes en el acceso a los medicamentos. La pandemia Covid 19 también trajo la anulación del efecto exclusivo de las patentes para la producción de vacunas para combatir esta enfermedad.

La firma del TMEC provocó un incremento de las obligaciones de nuestro país en materia de patentes farmacéuticas. En primer lugar, se establece la obligatoriedad del linkage, pero con un matiz. Se puede implementar como en Estados Unidos que es menos restrictivo que en México. También se estableció la Cláusula Bolar para facilitar la entrada de medicamentos genéricos al mercado. Se establece la posibilidad de ajustar la duración de la patente por retrasos irrazonables. En cuanto a los datos de prueba, el Protocolo Modificadorio lo acotó de los medicamentos en general, y lo eliminó de los biotecnológicos. Resulta un tanto paradójico que desde nuestro vecino país se hayan matizado los efectos más nocivos del TMEC en el acceso a los medicamentos, siendo que es la economía más desarrollada del mundo. Pero que, sin duda alguna, querían proteger el acceso a los medicamentos para su población.

La entrada en vigor del TMEC implicó la promulgación de la LFPPI que expande la protección de las patentes farmacéuticas aún más. Se crea un certificado complementario de protección hasta por 5 años por retrasos irrazonables en el examen de patentes. Esta norma también eleva a nivel legal el *linkage*; se establece la posibilidad de solicitar patentes sobre segundo uso y se regula la protección de los datos de prueba remitiendo a los tratados inter-

45 Velásquez, Germán, *op. cit.*, pp. 29-30.

46 Sánchez García, Luz, *op. cit.*, p 243.

nacionales. Por otra parte, y esto puede obrar en beneficio del acceso a los medicamentos, se regulan de forma adecuada las excepciones para proteger la salud y la Cláusula Bolar. Aunque, como tuvimos ocasión de analizar, la LFPPI desaprovecha flexibilidades que le conceden los tratados internacionales a los países miembros. La idea de las mismas es evitar perjuicios en el derecho a la salud. En aras de una interpretación aplicando el principio pro persona, debiera mejorarse la regulación de la LFPPI.

La extensión de las patentes a los medicamentos afecta sin duda alguna al derecho a la salud. Un pilar fundamental de este derecho es el acceso pronto y eficaz a los medicamentos esenciales. Identificamos tres afectaciones principales: el incremento en el precio de los medicamentos, la obstrucción de la entrada al mercado a los medicamentos genéricos y algunas tácticas de las empresas farmacéuticas para extender sus beneficios por las patentes.

Es un hecho que la concesión de monopolios patentarios sobre medicamentos han hecho que su precio se incremente. Si bien es un incentivo para que los laboratorios inviertan en nuevos medicamentos, los precios altos son una barrera de acceso a los mismos por parte de quienes no tienen la capacidad económica. Por otra parte, una vez que las patentes vencen, se pueden producir y comercializar medicamentos genéricos. Tanto el *linkage*, como las patentes de segundo uso, así como los certificados complementarios dificultan el acceso al mercado a los medicamentos genéricos. Sobre las tácticas, solamente prestan atención a medicamentos que tienen alta demanda. Descuidan los tratamientos de enfermedades raras, por no ser rentables. También utilizan tácticas que se consideran abusivas del derecho de patente como el *evergreening*, el *blanketing* y el *flooding*. También recurren a reivindicaciones que abarcan un número de compuestos, o patentes de selección. Mismas que consideramos deben ser desestimadas.

Bibliografía

ALCARAZ, Gustavo, “La vinculación entre patentes y registros sanitarios en México”, en Becerra Ramírez Manuel y Martínez Olvera, Roberto (coords), *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*, México, IJJ-UNAM-ANAFAM, 2018.

ALLARD SOTO, Raúl, “El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública”, *Acta Bioethica*, Santiago, vol. 21, núm. 1, junio, 2015, <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v21n1/art11.pdf>

ALEXYY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm 11, ene-jun, 2011, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El protocolo modificadorio al T-MEC. Su recepción en el derecho interno”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 1, núm. 21, 2021, <https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2021.21.15617>

ESTEBAN, Jesús y BENITO, Carcar, “Las enfermedades raras y su significación en el derecho a la investigación y a la asistencia sanitaria: un deber de justicia”, *D.S. Derecho y Salud*, Madrid, núm. 27 (Extra 1), 2017, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334693>

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid. Trotta, 2007.

GARCÍA VIDAL, Ángel, “La cláusula Bolar a licitud de los actos preparatorios de la autorización para comercializar un medicamento genérico realizados durante la vigencia de la correspondiente patente farmacéutica”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 24, 2006.

GIMÉNEZ PEREIRA, Martha, *Efectos de la protección de las patentes farmacéuticas, un análisis de propiedad intelectual*, México, Tirant Lo Blanch, 2017.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio, “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 16, 1995.

LAMATA COTANDA, Fernando *et. al.*, *Medicamentos ¿Derecho Humano o Negocio?*, Madrid, Díaz de Santos, 2017.

LEACHE, Leire, “Transparencia y Acceso a los medicamentos: a propósito de la pandemia por Covid 19”, *Revista OFIL-ILHAPAR*, Madrid, vol. 30, núm. 3, 2020, <https://scielo.isciii.es/pdf/ofil/v30n3/1699-714X-ofil-30-03-185.pdf>

LEMA SPINELLI, Sebastián, “Acceso a los medicamentos: las patentes y los medicamentos genéricos. Las consecuencias de considerar al medicamento como un bien de mercado y no social” *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 34, 2015, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000200008

LIFSHITZ GUINZBERG, Alberto, “Las alternativas farmacéuticas (Medicamentos innovadores, de patente, genéricos, similares y otros)”, *Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM*, México, vol. 54, núm. 5, 2011, <https://www.scielo.org.mx/pdf/facmed/v54n5/v54n5a8.pdf>

LOIS BASTIDA, Fátima, “La Declaración de Doha relativa al acuerdo ADPIC (TRIP's) y la salud pública: desarrollo y aplicación actual”, *Actas de Derecho Industrial y de Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 28, 2008.

MAGAÑA RUFINO, José Manuel, *Derecho de la Propiedad Industrial en México*, México, Porrúa, 2018.

MOLINA SALAZAR, Raúl Eduardo *et. Al.*, “Competencia y precios en el mercado farmacéutico mexicano”, *Revista Salud Pública de México*, México, núm. 50, 2008, <https://www.scielo.org.mx/pdf/spm/v50s4/11.pdf>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *Los Miembros se inclinan por prorrogar el plazo para ampliar la Decisión relativa al Acuerdo sobre los ADPIC a los tratamientos y medios de diagnóstico para la COVID-19*, 2022, https://www.wto.org/spanish/news_s/news22_s/trip_15dec22_s.htm

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Tercera Evaluación de Salud para Todos en el Año 2000*, <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/7157/25292.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

OROZCO RIVERA, Ernesto David, “La cuestión de las patentes en el tratado México-Estados Unidos-Canadá ¿un obstáculo para el desarrollo de medicamentos genéricos”, *Temas Estratégicos*, México, núm. 86, 2020, http://bibliodigitalibid.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/5095/TE%2086%20Patentes%20en%20el%20T_MEC.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Precios máximos de venta al público de medicamentos registrados 1/vigentes al 31 de marzo de 2022, https://www.economia.gob.mx/files/transparencia/gobmx/docs/precios_medicamentos_patente.pdf.

Precios registrados de medicamentos con patente vigente 1 al 28 de febrero de 2021, https://www.economia.gob.mx/files/transparencia/focalizada/lista_de_precios_medicamentos_de_patente.pdf

Precios registrados de medicamentos con patente vigente 1 al 31 de agosto de 2019, https://www.economia.gob.mx/files/transparencia/focalizada/lista_de_precios_medicamentos_de_patente_agosto_2019.pdf

RANGEL ORTIZ, Horacio, “La propiedad intelectual en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte”, *Actas de Derecho Industrial y de Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 15, 1993.

RANGEL ORTIZ, Horacio, “Las patentes en el nuevo Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, 2018 (T-MEC/USMCA/NAFTA 2)”, *Actas de Derecho Industrial y de Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 38, 2019.

RANGEL ORTIZ, Horacio, “Las patentes en el protocolo de Ciudad de México (2019) modificatorio del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (Buenos Aires, 2018)”, *Actas de Derecho Industrial y de Derechos de Autor*, Santiago de Compostela, núm. 41, 2021.

RODRÍGUEZ SPINELLI, Francesca, “Patentes de Segundo uso: Nuevas Tendencias en el Derecho Comparado y en los Tratados de Libre Comercio”, *Revista Propiedad Intelectual*, Venezuela, Mérida, vol. 10, núm. 14, 2011, <https://www.redalyc.org/pdf/1890/189020164007.pdf>.

ROMPAEY, Karen Van, “Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, derecho a la salud y acceso a los medicamentos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, núm. 15, 2009, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/58422>

SÁNCHEZ GARCÍA, Luz, “Un nuevo debate sobre las patentes farmacéuticas a propósito del coronavirus Sars-Cov 2”, *Ekonomiaz*, Vitoria-Gasteiz, núm. 100, 2021, p. 234-266, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8313174>

SEUBA, Xavier et. al., “La excepción de fabricación para la exportación”, en Becerra Ramírez, Manuel y Martínez Olvera, Roberto *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*, México, IIJ-UNAM-ANAFAM, 2018.

TERLIZZI, María Sol, “El lugar de la ética en el debate contemporáneo sobre propiedad intelectual: acceso a medicamentos y datos de prueba clínicos”, *Perspectivas Bioéticas*, Ayacucho, vol. 16, núm. 31, 2011.

VELÁSQUEZ, Germán, “Pautas de patentabilidad y acceso a medicamentos”, en Becerra Ramírez, Manuel y Martínez Olivera, Roberto (coords.) *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*, México, IIJ-UNAM-ANAFAM, 2018.

VERMA, Surinder Kaur, “TRIPs and Plant Variety Protection in Developing Countries”, *European Intellectual Property Review*, Londres, vol. 17, núm. 6, 1995.

Migración y desarrollo: El estado nacional de derechos*

Migration and development: The national state of rights

Elsa Cristina Roqué Fourcade**
Clara Castillo Lara***

* Artículo de investigación postulado el 03/08/2023 y aceptado para publicación el 07/12/2023

** Profesora Investigadora de la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Azcapotzalco
ecrf11@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2704-8229>

*** Profesora Investigadora de la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Azcapotzalco
clara_castillo_lara@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3031-2091>

RESUMEN

La presente investigación propone incorporar a los Estados en el estudio de las causas de la migración internacional y el desarrollo. Es una propuesta teórico-jurídica, diálogo de fuentes, desde los derechos humanos en el marco del ordenamiento jurídico mexicano. Contextualizando a la migración según dos hechos, dos situaciones legales: la emigración y la inmigración. En primer lugar, se delimita el tema, el problema y los objetivos. El desarrollo se basa en criterios judiciales, normas vigentes, doctrina y una selección de las diversas teorías que abordan las variadas raíces y los cambios. Los hallazgos muestran herramientas jurídicas apropiadas, inconsistencias normativas e interpretativas y la ausencia en los análisis teóricos de la participación de los Estados nacionales entre las causas de las decisiones personales de emigrar, de las consecuencias de su inactividad en favor del desarrollo integral, razón que impulsa al presente trabajo.

PALABRAS CLAVES

Migración, Estado de derechos.

ABSTRACT

The purpose of this research is to incorporate the Nation State to study the reason for international migration and development. It is a theoretical-legal proposal, dialogue of sources, from a human rights perspective within the framework of the Mexican Legal System. The Contextualization of migration from two legal fact situations: emigration and immigration. The problem and the objectives are delimited in the research. The development is based on judicial facts, current norms, doctrine and a selection of the various theories that address roots and changes of migration. The result shows that there are appropriate legal tools, as well as normative and interpretative inconsistencies with an absence of a theoretical analysis of participation by the Nation State. The State Nation lack of participation in favor of an integral development as a consequence for people decision to migrate. These are the reasons that lead to this research.

KEYWORDS

Migration, State of rights.

SUMARIO

Introducción.
Contextualización del tema.
Planteamiento del problema. Incumplimientos estatales
Objetivos del ensayo.
De los conceptos.
Los derechos de la migración.
“Teorías” sobre migración.
Migración y desarrollo: aspectos para un Estado de derechos.
Conclusiones.
Bibliografía.

Introducción

La migración y el desarrollo son dos fenómenos intrínsecamente relacionados en el contexto global actual. La movilidad humana forma parte del desarrollo, entendiendo a esa relación como un *proceso de expansión de las libertades reales que disfruta la gente*.¹ Esta realidad, la migración vinculada al desarrollo, desde la perspectiva jurídica en el caso de México, debe ser estudiada considerando las bases del ordenamiento jurídico mexicano, a saber: 1) las obligaciones constitucionales de todas las autoridades respecto de los derechos humanos; 2) la rectoría del desarrollo nacional a cargo del Estado; 3) el mandato de *desarrollo integral y sustentable*, y 4) la concurrencia al desarrollo económico nacional del sector público, el sector social y el sector privado.

A medida que las personas se desplazan voluntariamente, buscando mejores oportunidades, o forzadas por conflictos, amenazas, persecuciones o miseria, se generan impactos significativos en los países de origen, destino y tránsito, que pueden ser analizados desde los derechos humanos.

El enfoque teórico-jurídico se basa en el *diálogo de las fuentes normativas*.² La investigación documental tiene por objeto exponer la situación de los derechos fundamentales y el rol del Estado con motivo de la migración, cualesquiera sean las causas del fenómeno. El análisis se particulariza en la relación entre migración y desarrollo de acuerdo con las bases y prerrogativas, considerando al ordenamiento mexicano, sea en su función legislativa, ejecutiva o judicial.

Desde la anterior presentación, revisamos la conceptualización normativa de los dos fenómenos: migración y desarrollo, como realidades entrelazadas que impactan a las personas y a las comunidades participantes. La materia de análisis se basa en los principios y estándares relativos, así como en la posible contribución al desarrollo sustentable y sostenible.

Esta investigación, busca también promover más reflexión crítica y garantista en el campo del Derecho sobre la migración como fenómeno social y económico de atención integral.

Los documentos normativos usados, pertenecientes al ordenamiento jurídico mexicano se citan por su nombre y sus distintas fuentes de consulta. Las leyes nacionales, sancionadas internamente en el ámbito federal, corresponden a la versión disponible en “Cámara de Diputados - Congreso de la Unión”³ y por nombre del reglamento en la sección correspondiente establecida por “Cámara de Diputados - Congreso de la Unión”.⁴ En el caso de normas del orden local, únicamente nos referimos a la Ciudad de México, en la versión pública de “Gobierno de la Ciudad de México, Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos”.⁵

Respecto de las decisiones judiciales, éstas se localizan por el número de registro digital (R. D.), dato de identificación para consultar en “Poder Judicial de la Federación”.⁶

1 Sen, Amartya, “*El desarrollo como libertad*”, Gaceta Ecológica, Distrito Federal: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, N° 55, 2000, pp. 14-20.

2 Propuesta desde el Derecho Internacional Privado. Jayme, E., “*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*”, Recueil des Cours, Leiden, vol. 251, 1995.

3 Cámara de Diputados - Congreso de la Unión, “*Leyes Federales Vigentes*” en “*Información Parlamentaria*”, [En línea], (v. f.), consulta: 2023. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

4 Cámara de Diputados - Congreso de la Unión, “*Reglamentos de Leyes Federales*” [En línea], (v. f.), consulta: 2023. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley.htm>

5 Gobierno de la Ciudad de México, Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, “*Leyes y Reglamentos*”, [En línea], (v. f.), consulta: 2023. Disponible en: <https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/index.php/leyes/leyes> y https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/estatutos/CONSTITUCION_POLITICA_DE_LA_CDMX_8.pdf

6 Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación, “*Semanario Judicial de la Federación*” [En línea], (v. f.), consulta 2023. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

Por último, los tratados, convenciones u otras disposiciones internacionales, vigentes en México son citados por nombre, recuperados de “Gobierno de México”.⁷

Contextualización del tema

La indagación se realiza desde los derechos fundamentales, considerando sus varias fuentes y las obligaciones de los Estados nacionales, en particular, las emergentes del ordenamiento mexicano. Tenemos como sustento no sólo los límites del poder, eje del Estado de derecho, sino también los hechos y las formas recientes de la migración en la región. Un espacio para dirimir sobre la vigencia y el ejercicio efectivo de los derechos con las consecuentes obligaciones públicas de hacer y no hacer.

Es parte del entorno al inicio de este trabajo el incremento de los flujos migratorios y el cambio en las personas para preparar y llevar a cabo la emigración. Nos referimos al abandono de la *dinámica tradicional de viajar solos o en grupos más reducidos*, que ha dado lugar a un nuevo objeto de estudio en las disciplinas sociales: *las caravanas como formas de movilidad y como movimiento social*.⁸ El debate regresa la atención a las carencias de desarrollo humano como causa de la migración en determinados contextos. Imaginando una situación de plena vigencia de los derechos y de desarrollo ¿por qué las personas deciden abandonar su lugar de residencia?, específicamente, ¿por qué migrar en condiciones extremas, de máximo riesgo?; evidentes *situaciones de mayor riesgo de vulneración de los derechos humanos*.⁹

La circulación y el cambio de residencia, como hechos voluntarios, pueden convertirse en un factor positivo, motor para el desarrollo, personal, comunitario, nacional y regional. Así debe estimarse cuando se acepta su contribución en el país de destino, por la transferencia de conocimientos, aporte cultural, innovación, producción de bienes y servicios de importancia para el crecimiento general. Lo mismo respecto del país de origen, por el hecho de las remesas enviadas a las familias de los migrantes, cuyo papel es relevante para la economía local interna. Un tema que amerita mayor reflexión para confirmar el verdadero impacto, según Alejandro I. Canales.¹⁰

Sin embargo, la migración también plantea ocasionalmente condiciones denigrantes, agravadas por la indocumentación, la diversidad de normas aplicables y las recientes modalidades.¹¹ A menudo las personas migrantes no lo deciden voluntariamente y, muy frecuen-

7 Gobierno de México, “*Tratados Celebrados por México*”, [En línea], “*Tratados Internacionales Celebrados por México*”, (v. f.), consulta: 2023. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/introduccion.php> y https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php

8 Torre Cantalpieira Eduardo, “*El estudio de las caravanas migrantes en México*”, / Norteamérica, Revista Académica del CISAN-UNAM. - Ciudad de México : Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre de 2022. - número 2: Vol. año 17, p 68, pp.71-76.

9 Martínez Pizarro, Jorge, editor, *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, ed. CEPAL, Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2008, Vol. Libros de CEPAL: N° 97, pp. 304 y ss., particularmente los riesgos citados en pp 307-312.

10 Canales, Alejandro I., “*El debate sobre migración y desarrollo: Evidencias y aportes desde América Latina*”, Latin American Research Review, ed. Latinoamericanos Asociación de Estudios. - Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press - Universidad de Florida, 2015, N° 1, Vol. 50, pp. 31-33.

11 Decimos “recientes” por no tener precisión respecto a la fecha del fenómeno. Sin embargo, podemos coincidir acerca de la notoriedad del fenómeno hacia 2014. Correa-Cabrera Guadalupe y Koizumi Naoru “Explicando las caravanas migrantes: ¿hipótesis de trabajo, activismo académico o teorías conspirativas?”. Frontera Norte. Revista internacional de fronteras, territorios y regiones. Tijuana, Baja California, México: Colegio de la Frontera Norte, 2021. número 33, p. 2. Aunque en opinión de Torre Cantalpieira “...las caravanas de migrantes alcanzaron notoriedad internacional en octubre de 2018”; modalidad de tránsito para marchar rumbo al norte que se mantiene hasta la fecha 2023. Torre Cantalpieira Eduardo “*Caravanas migrantes: forma de movilidad y movimiento social*”, Nexos, 15 de diciembre de 2021, sec. “Observatorio Migrante”.

temente, enfrentan discriminación, explotación, limitación en servicios básicos, carencia de documentación legal y la separación familiar. Situaciones que evidencian las necesidades y aspiraciones, así como las fallas estructurales y sistémicas que anulan la vigencia de derechos. Una preocupación internacional que dio muestras explícitas de ello desde 2006¹² hasta llegar en 2018 a la adopción del *Pacto Mundial sobre los Refugiados y del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*.

Los elementos anteriores son el antecedente para delimitar el tema de investigación.

Planteamiento del problema. Incumplimientos estatales

El problema de investigación aborda los derechos humanos en el contexto de la migración internacional, voluntaria o forzada, y de las responsabilidades públicas relativas a cargo del Estado. Aunque el desplazamiento de individuos constituye un fenómeno histórico, global y multidimensional, el análisis desde la perspectiva jurídica se fundamenta en dos premisas. En primer lugar, desde distintas fuentes normativas se reconocen como prerrogativas fundamentales a la libre circulación y a la elección del lugar de residencia, cumpliendo las reglas aplicables a la salida, ingreso, tránsito y permanencia. En segundo lugar, la migración de un Estado a otro debe abordarse como un fenómeno fragmentado que implica el estudio de diversas jurisdicciones. Los migrantes se ven sometidos a los marcos legales nacionales de sus países de origen, tránsito y destino, con normativas que varían significativamente en cada instancia. Así como habrá de considerarse que *refugiados y migrantes* son titulares de los mismos derechos fundamentales, aunque se rigen por marcos jurídicos separados.¹³

Las prerrogativas de los migrantes están delineadas por las definiciones, instituciones, denominaciones, categorías y reglas de los procedimientos de diversos ordenamientos que regulan la emigración, ingreso o tránsito. La aplicabilidad de estas normas se determina según la condición de ser nacionales o no nacionales, lo que agrega complejidad al tratamiento legal de los derechos de estas personas en diferentes contextos. La interpretación de las normas aplicables, aún en situaciones extremas, también tendrá siempre que respetar la *discreción soberana* de los Estados al momento de decidir *sobre qué ciudadanos pueden entrar y permanecer en sus territorios y bajo qué condiciones, de conformidad con sus obligaciones dimanantes del derecho internacional*.¹⁴ Es aquí donde cobra importancia el método diálogo de fuentes para la prevalencia de los principios generales del derecho como fuente común que guía la interpretación y aplicación de toda norma jurídica.

Dentro de esta realidad jurídica ineludible y las condiciones de vulnerabilidad que acompaña el fenómeno en las últimas décadas, el objeto de la investigación está delimitado al ordenamiento jurídico mexicano como país de origen, tránsito y destino y comprende el periodo 2010 a 2020.

12 Como el *Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo* en 2006 y 2013, así como el *Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo*, iniciado en 2007. Eventos que anteceden a la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes* en 2016.

13 Naciones Unidas. Asamblea General “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”. Anexo de la Resolución A/RES/73/195 Distr. general 11 de enero de 2019 [En línea]. - Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, Pacto aprobado el 19 de diciembre de 2018, “Preámbulo”, punto 4.

14 Advertencia relacionada con el alcance no vinculante y cómo interpretar “Principios, Directrices y Prácticas” enunciados en “*Directrices para la Protección de los Migrantes en Países Afectados por Conflictos o Desastres Naturales*”, [s.l.]: Iniciativa Migrantes en Países en Situaciones de Crisis, 2016, p. 20. “....colección no vinculante de principios, recomendaciones y prácticas que pueden guiar los esfuerzos de todos los interesados para reducir la vulnerabilidad de los migrantes en tiempos de crisis.”.

Independientemente del lugar de análisis, la migración en sí misma, como hecho humano, presenta una dinámica compleja que entrelaza diversos aspectos del desarrollo económico, social y cultural, tanto personal como regional y nacional.

Sin perder de vista esta composición, durante el período de investigación, además del crecimiento,¹⁵ trasciende al dominio público las nuevas formas de movilidad y las tendencias que desafían las causas conocidas por los estudiosos, poniéndose a prueba la vigencia de los derechos en realidades que invitan a enlazar nuevamente a la movilidad con el desarrollo.

Cabe preguntar por lo que sucede con los derechos fundamentales de las personas y por el cumplimiento de las obligaciones públicas de protección a los derechos, tanto respecto del país de origen, donde probablemente comienza el desconocimiento, forzando a los desplazamientos, como de los lugares de tránsito o destino, donde las transgresiones normalmente continúan.¹⁶

En los trayectos de migración obligada, se agravan los riesgos y las carencias, falta lo vital indispensable, la seguridad y se padece la imposibilidad en extremo de ejercer y hacer valer sus derechos.

Lo anterior, lleva en sí un impacto negativo que socava los principios de un Estado de derechos. Lo mismo ocurre cuando faltan instituciones adecuadas y políticas que, con base en normas imperativas¹⁷ y en las leyes, atiendan con propiedad los casos concretos, la transgresión a los derechos de las personas y se instalen procedimientos con autoridades competentes.

La mayoría de los países adoptan medidas legislativas y administrativas, predominando el carácter restrictivo, el endurecimiento de las políticas en algunos países¹⁸ o las disposiciones ambiguas.¹⁹

En ocasiones, los funcionarios competentes asumen la falta de documentación, únicamente desde el cumplimiento o no de las normas aplicables o simplemente niegan el asilo solicitado. Por tanto, terminan criminalizando de hecho, evitan la presentación voluntaria ante las autoridades, fomentan la detención y la deportación, además de limitar el acceso a los servicios básicos.

Son comportamientos generadores de un círculo vicioso, que obstaculizan la posibilidad de revertir la irregularidad, de iniciar lo conducente a la regularización del tránsito y, si fuera el caso, de la residencia y la integración en los países de destino.

Todo eso forma parte del problema. Es el contraste entre derechos humanos con algunos contenidos legislativos y con el comportamiento de las instituciones nacionales durante la interpretación y aplicación de las normas.

Es aquí donde cobra importancia el enfoque metodológico *diálogo de fuentes*. Particularmente, considerando el descuido del Estado de los principios convencionales y de los del ordenamiento jurídico mexicano. Máximas que guían el cumplimiento de las facultades en la materia y evitan las omisiones frente a los mandatos concretos y la falta de control de la función pública. De es-

15 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), "Informe de las Migraciones Mundiales 2020", [En línea]. Consulta: distintos meses de 2023, disponible en: - <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2020-interactive/>.

16 Martínez Pizarro, Jorge, editor, *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, ° op. cit en bibliografía, pp.207 y ss.

17 los cogen presente en innumerables compromisos internacionales aplicables a la materia: diversos pactos, declaraciones, convenciones, protocolos, documentos citados en el punto 2 del "Preámbulo" del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Naciones Unidas. Asamblea General "Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular". Anexo de la Resolución A/RES/73/195 Distr. general 11 de enero de 2019, op. cit. en bibliografía.

18 Herrera, Gioconda y Sørensen, Ninna Nyberg, "Migraciones internacionales en América Latina: miradas críticas a la producción de un campo de conocimientos", íconos Revista de Ciencias Sociales, Quito: FLACSO Ecuador, 2017, N° 58, p. 23.

19 Ejemplo, la Ley de Migración mexicana acerca del carácter de "estación migratoria", el alcance jurídico del término "presentación" y el principio de excepcionalidad de la detención.

pecial mención, son aquellos que vuelven injustificada y sin fundamento legal, la penalización o la aplicación de medidas que operan y se sufren como sanciones, o la inactividad de la autoridad para remover obstáculos que frenan el ejercicio de derechos a las personas migrantes.

De manera expresa, la *Ley de Migración* determina que la *situación migratoria irregular*²⁰ o la condición no documentada de una persona, no constituye por sí misma la comisión de delito alguno, ni prejuzga la comisión de ilícitos. No hay razón jurídica para activar el poder punitivo del Estado, ni justificación posible para la suspensión de los derechos en cualquier situación. Aun frente a la existencia de elementos que hagan suponer la comisión de un ilícito, y, por ende, resulte procedente la aplicación de medidas restrictivas, deberá actuarse observando los derechos fundamentales de la persona.

En este sentido, cabe destacar algunos criterios judiciales de los tribunales mexicanos surgidos en los últimos tiempos; interpretaciones sustentadas en las prerrogativas convencionales y en los principios constitucionales del artículo 1, en relación con el artículo 33, es decir, el reconocimiento pleno de los derechos de las personas extranjeras.

La selección que presentamos seguidamente tiene como objetivo recoger el rol de los derechos en estas decisiones, sin perjuicio de las críticas que hacemos en un caso.

a. La extranjería en actividad jurisdiccional

El Poder Judicial de la Federación ha generado criterios obligatorios y otros que están en camino de lograr la obligatoriedad cuya consideración aporta a la investigación el cómo se han invocado los derechos reconocidos en fuentes internacionales y nacionales al momento de la aplicación de las leyes.

Así, mediante la tesis aislada IV.1o.A.10 A (11a.), R. D. 2025509,²¹ se reconoció la calidad de instrumento efectivo para auxiliar en la labor jurisdiccional al *Protocolo para Juzgar Casos que involucren Personas Migrantes y Sujetos de Protección internacional*, documento que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²²

Lo interesante del citado Protocolo es su fundamento²³ y la asistencia que brinda a la función judicial. Fue invocado en la justificación de la tesis de jurisprudencia, por contradicción de criterios, PR.PCN.J/5 P (11a.), R. D. 2026673,²⁴ a cargo del Pleno Regional en Materia Penal de la Región Centro-Norte, con residencia en la Ciudad de México. El caso, cuya resolución da origen a este criterio, versó en las personas extranjeras privadas de la libertad por más de treinta y seis horas, con ingreso al territorio nacional de modo irregular sin la documentación debida.

20 Si bien no hay una definición teórica exacta de migración irregular, de acuerdo con la Ley citada, se entiende por tal la usencia de los requisitos determinados por las leyes, reglamentos o acuerdos internacionales para la entrada, permanencia y salida de un país. Coincidente con el concepto que emerge del artículo 5 de la “*Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*”. En este caso carecer de la documentación especial: autorización para ingresar, permanecer y ejercer una actividad. Disponible en: Gobierno de México, “*Tratados Celebrados por México*”, op. cit. en bibliografía

21 Poder Judicial de la Federación, op. cit. en bibliografía.

22 Suprema Corte de Justicia de la Nación - Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos. Protocolos de Actuación [En línea], “*Protocolo para Juzgar Casos que involucren Personas Migrantes y Sujetos de Protección Internacional*”, 2021, consulta: 2023. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-06/Protocolo%20para%20juzgar%20casos%20que%20involucren%20personas%20migrantes.pdf>

23 *Ibidem*, p. XV.

24 Poder Judicial de la Federación, op. cit. en bibliografía.

El Tribunal argumentó la aplicación del principio de “excepcionalidad de la detención”, disponiendo la suspensión inmediata de la medida por más de treinta y seis horas. Consideró que la disposición, es un “ataque a la libertad personal fuera de procedimiento”. Recordó lo expresado en el Protocolo acerca de la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre la *Ley de Migración*.

En nuestra opinión, la detención por treinta y seis horas tiene fundamento en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)*; no es solo asunto de una Ley, pero sí fue una oportunidad de interpretación garantista. Además, el hecho de superar el término, por sí mismo, representa una acción ilícita de la autoridad, efectivamente, ajena al procedimiento administrativo. Si se quería controvertir la medida, debió ser con razones más profundas, desde el propio concepto del derecho fundamental de libertad.

En este sentido, la opinión de la CIDH es suficiente para argüir en contra del uso indebido de facultades o el incumplimiento de lo previsto por las propias leyes, respecto de los supuestos para ejercer el derecho que tienen los extranjeros a la regularización,²⁵ y la posibilidad legal de conceder o no una residencia o la permanencia en territorio nacional. En otras palabras, el principio de privación de la libertad cuando no existe otra opción no es solamente aplicable por exceder el término legal, como sucede en el caso. La excepcionalidad obliga a no usar la medida. Es posible únicamente cuando se carece de otra alternativa, obliga a no ser aplicada como regla, y, por supuesto, si se acude a la privación de la libertad justificadamente, a no superar los términos constitucionales y legales.

También consideramos que, en México, aun respetando el término constitucional y legal, la privación de la libertad en la migración irregular, significa no hacer prevalecer tal principio y el desconocimiento del mandato del artículo 1 constitucional. Es así, debido a la inexistencia de suficiente fundamento para interpretar que las *estancias migratorias* sean lugares para la detención de las personas.

Si bien la definición en la *Ley de Migración* y en las demás disposiciones reglamentarias necesita una mejor redacción de dos términos: “presentación de extranjeros” y de “estancia migratoria”, la interpretación debiera hacer prevalecer alcances congruentes con los derechos de las personas. En el primer caso sería el sentido de acto que inicia el procedimiento administrativo de regularización de estancia o tránsito y sobre el segundo debe apegarse al significado de domicilio conocido por las autoridades, alojamiento proporcionado por el Estado para fines del procedimiento. Debiera ser así considerando las otras opciones dentro de la misma Ley; todas con el objeto de cumplir con *la obligación del extranjero de permanecer en un domicilio ubicado en la circunscripción territorial en donde se encuentre la estación migratoria*.

Las previsiones de la CIDH que recoge el Protocolo son un llamado al legislador mexicano para establecer definiciones y alternativas sin equívocos, consecuentes con la despenalización de la situación irregular. Aunque se deba aplicar alguna medida cautelar, éstas, deben evitar convertirse en privación de la libertad. Ayudará una redefinición de “estancia migratoria” como domicilio cuando la persona no tiene otro lugar donde permanecer mientras se resuelve la situación migratoria, nunca con la función de cárcel.

En virtud de la tesis jurisprudencial IV.1o.A./6 A (11a.), por reiteración, R. D. 2025817²⁶, queda establecido que, tratándose de personas migrantes, en estado vulnerable, la competen-

25 Enunciados como derechos en el Reglamento de la Ley de Migración cuando define el término “Asistencia migratoria”.

26 Poder Judicial de la Federación, *op. cit.* en bibliografía.

cia para conocer del juicio de amparo indirecto debe resolverse *sin formulismos*, privilegiando la más amplia protección, de acuerdo con el principio pro persona, por mandato del artículo 1 de la CPEUM.

La tesis IV.1o.A.9 A (11a.), R. D. 2025511²⁷, aunque aislada, es una de los cinco que surgen a raíz del juicio de amparo indirecto, contra la resolución dictada en primera instancia en la Queja 78/2022. La promoción del juicio se enderezó contra la privación de la libertad, la superación de esta del término legal —treinta y seis horas— y la orden de deportación. Los recurrentes *solicitaron la suspensión de plano de los actos reclamados para que se les pusiera en inmediata libertad*. La tesis citada, dispone que cuando se estudia la suspensión de plano de la detención arbitraria —sin fundamento constitucional y legal— en estaciones migratorias, son aplicables las consideraciones contenidas en el citado Protocolo que dictó el Máximo Tribunal.

Con apoyo en las directrices de este documento y de la *Ley de Amparo*, se determinó que procede la suspensión de plano de la medida y la inmediata libertad para que las personas sean puestas a disposición del Juzgado de Distrito y de la autoridad migratoria por lo atinente a la continuación del procedimiento migratorio.

Resulta también de importancia mencionar el criterio contenido en la tesis aislada V.1o.A.12 A (11a.), tres en el mismo sentido, R. D. 2025514,²⁸ una más surgida en la Queja 78/2022, sobre la restricción injustificada de la libertad. La limitación a la libertad es injustificada, cuando supera el término administrativo constitucional y legal, y tal medida no se relaciona o no forma parte de algún proceso penal. Este supuesto de privación ilegal violenta el principio de progresividad del artículo 1 constitucional, frente a la obligación del Estado de dar igual trato a las personas migrantes y a connacionales, respecto del libre tránsito y no discriminación.

La detención no sería otra cosa que excluir de estos derechos a las personas extranjeras, sin justificación legal. Al respecto, insistimos, aunque sea dentro del término de la *Ley de Migración*.

En la selección de criterios judiciales que exponemos incluimos por último la tesis IV.1o.A.13 A (11a.), R. D. 2025515,²⁹ surgida del mismo amparo indirecto en la Queja 78/2022. El criterio de cita razona sobre la emigración como una pretensión vinculada con otra de la misma magnitud. Así se entiende cuando el Tribunal expresa que la movilidad está causada por *el fin de buscar y obtener mejores oportunidades de desarrollo*, situación que no debe excluir la asistencia que se requiera.

Objetivos del ensayo

Exponer la interrelación teórica y crítica entre migración, desarrollo, así como las garantías para el ejercicio de los derechos de las personas, como la última razón que justifica la existencia del propio Estado. Examinar las principales normas de las que depende la vigencia de los derechos humanos, así como los argumentos a juicio de las principales teorías migratorias: la Teoría del Capital Humano; la Teoría de la Segmentación del Mercado Laboral; la Teoría del Sistema Mundial; Teoría del Ciclo de Vida y Teoría del Enfoque Dual. La revisión de estas propuestas tiene por objeto incorporar los elementos que muestran las distintas dinámicas y motivaciones durante y detrás de los flujos migratorios, así como el vínculo con el desarrollo personal y nacional.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

De los conceptos

Para facilitar los objetivos del ensayo resulta necesario iniciar con la significación jurídica de dos entidades: migración y desarrollo. No se trata de analizar las definiciones, sino más bien, acercarnos al concepto legal de cada una y de la interrelación entre ellas.

El concepto migración se refiere a la circulación de las personas. Independiente de sus causas, se asume como un hecho voluntario que representa materializar el derecho a la libre circulación y a establecer la residencia en el país de nacionalidad o en un Estado distinto.

La *Ley de Migración* mexicana define el término migrante, de lo cual podemos deducir que migración es lo que la doctrina llama circulación internacional de las personas. Cualquiera sea el motivo, comprende la salida (emigración) o el ingreso (inmigración), o el tránsito, considerando el territorio de un Estado distinto al del domicilio.

De acuerdo con el derecho nacional la migración es movilidad humana solamente voluntaria en virtud de una prerrogativa de las personas reconocida en normas internacionales y nacionales. De ahí la distinción del régimen según migrantes o refugiados y, posteriormente, inmigrantes si obtiene alguno de los permisos legales de residencia.

Se trata de la potestad de toda persona de *circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado*, así como *salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*. Se expresa de distintas maneras; como derecho de residencia y tránsito o derecho de circulación y de residencia. Sin embargo, al igual que los demás derechos, su ejercicio queda sujeto a las disposiciones nacionales.

De acuerdo con la *CPEUM*, toda persona puede entrar y salir del territorio nacional, viajar y mudar su residencia. La norma constitucional hace eco de los tratados internacionales reconociendo consecuentemente del anterior, del desplazamiento y domicilio, la pretensión también de buscar y recibir asilo, del reconocimiento de la condición de refugiado y al asilo político de acuerdo con los compromisos internacionales y de los requisitos y las excepciones que establezcan las leyes mexicanas. Por su parte, la otra entidad, el desarrollo debe ser visto como un proceso con el fin de progresar y ascender. Las personas buscan mejorar las condiciones de vida, reducir la pobreza, aprovechar oportunidades, ejercer las libertades y demás derechos.

El tema del desarrollo se aborda desde su contexto económico, social, humano y sostenible, entre otras perspectivas.³⁰ Sin embargo, debemos dar predominio al concepto emergente de la *CPEUM*, esto es, en sentido social y nacional, de *desarrollo integral y sustentable*, aunque primordialmente, con el mismo alcance, respecto de cada persona. Esta idea, nos acerca a una entidad de múltiples aspectos, por lo cual, el principal objetivo del desarrollo no se satisface solamente con el crecimiento de la economía, sino con la *expansión personal de las libertades y de sus capacidades*. Las bases del ordenamiento jurídico mexicano contenidas en la *CPEUM*, que detallamos en la Introducción, orientan a los poderes públicos sobre las responsabilidades en materia de progreso y bienestar para hacer de la emigración y de la migración un escenario de derechos fundamentales.

De acuerdo con esos postulados, la evaluación del desarrollo integral no sería medible únicamente con valores, indicadores de ingresos o producción, sino también por las oportuni-

30 Rodríguez, Jorge y Busso, Gustavo, *Migración interna y desarrollo en América Latina entre 1980 y 2005: Un estudio comparativo con perspectiva regional basado en siete países*, Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2009.

dades y opciones para que las personas evalúen, tomen decisiones y puedan materializarlas.³¹ Esto deja ver que la relación entre migración y desarrollo es compleja y multifacética; principalmente cuando está motivada por el cambio de las condiciones de vida, de cara al desarrollo económico, con las consecuencias sociales, culturales y de acceso a bienes y servicios.

La relación se manifiesta en el desarrollo nacional, comunitario e individual, con el aporte de las personas migrantes, de su fuerza laboral, conocimientos y habilidades productivas. Además, con la generación de ingresos que las personas envían a sus lugares de origen. Las remesas producen un efecto positivo, atenúan la pobreza de sus familias y favorecen el desarrollo de las comunidades.³² Aunque también merma en el lugar de origen el capital humano, y produce la fragmentación familiar con consecuencias personales negativas, lo mismo que para el grupo familiar y sus comunidades.

Los distintos aspectos muestran que la migración y el desarrollo deben analizarse de manera conjunta, considerando las distintas facetas y efectos en todos los contextos, en estrecho vínculo entre las dos entidades según sus circunstancias. Esto es crucial, para formular leyes, políticas y estrategias que rebasan a las normas en la materia y exigen congruencia de todo el ordenamiento jurídico, tomando en cuenta los beneficios y desactivando los perjuicios; para que la migración contribuya al desarrollo.³³

Los derechos de la migración

El seguimiento de las garantías de los derechos fundamentales de las personas migrantes en territorio mexicano nos remite a considerar el marco jurídico migratorio. En México comprende normas constitucionales, diversas leyes y regulaciones entre específicas y las de aplicación indirecta de la materia.

La *Ley de Migración* como normativa específica establece los principios y asegura las reglas atinentes a la situación jurídica de migrantes e inmigrantes en territorio nacional, al igual que para su integración en la sociedad y permisos para actividades remuneradas y los principios para diseñar las políticas necesarias. El *Reglamento de la Ley de Migración* desarrolla y complementa la Ley para el seguimiento de las facultades, de los principios, procedimientos y de las políticas.

En territorio mexicano, según la *Ley de Migración*, los extranjeros tienen derecho a la regularización en los supuestos puntuales de la norma, entre ellos, los migrantes *cuyo grado de vulnerabilidad dificulte o haga imposible su deportación o retorno asistido*. En los demás casos —y sin mediar las causales legales para la deportación o alguna sobre cancelación de la condición de residente temporal o permanente—, la persona extranjera, puede solicitar la regularización de su situación migratoria. Es el inicio voluntario del trámite, para lo cual debe acudir ante el Instituto Nacional de Migración (INM) y manifestar su interés de residir en territorio nacional, de modo temporal o permanente, así como demostrar el cumplimiento de los requisitos normativos aplicables, según la residencia que corresponda.

En tal caso, no procede presentar a la persona, ni el alojamiento en estancia migratoria o equivalente, solamente si no tuviera otro domicilio; aunque está obligada a otorgar fianza,

31 Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad*, trad. Toharía Esther Rabasco y Luis, Buenos Aires: Planeta S.A., 2000. 1ra reimpresión, pp. 341-349. Título original *Development al Freedom*.

32 García Zamora, Rodolfo y Gainza, Patricia, "Economía, migración y política migratoria en Sudamérica: Avances y desafíos", Migración y Desarrollo, Zacatecas: Universidad Autónoma de Zacatecas «Francisco García Salinas», 2014, N° 23, Vol. 12, pp. 67-95.

33 Rodríguez, Jorge y Busso, Gustavo, *op. cit.*

declarar un domicilio y permanecer en él durante el procedimiento, salvo previo aviso y consentimiento de la autoridad. Si de una inspección, visita de verificación o de actuación en los puntos de acceso al territorio nacional sale a relucir que la persona extranjera no cuenta con la documentación para ingreso, tránsito o residencia, corresponde la presentación por el INM quien lo hará constar en actas.

Tal presentación, no puede exceder el término de 36 horas, salvo los supuestos de extensión por 15 días hábiles y los de un máximo de 60 días hábiles. En nuestra opinión, sin ningún elemento para la privación de la libertad. No obstante, la ambigüedad de estas disposiciones convierte a la presentación en detención y a las estancias migratorias en cárceles, lo cual, ya objetamos como supuestos contrarios al principio de excepcionalidad de la privación de libertad.

La persona tiene derecho a *solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o la determinación de apátrida*, y todos los demás relativos al ingreso y permanencia en una estancia migratoria, así como los atinentes al debido procedimiento.

El inicio del procedimiento administrativo migratorio con la presentación incluye *el alojamiento en las estaciones migratorias o en los Centros de Asistencia Social para el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes, el retorno asistido y la deportación*. En todos los casos, la Ley establece un mínimo de requisitos que deben cumplir las estancias, entre ellos, garantizar las prerrogativas fundamentales de las personas y promover la unidad familiar.

La *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria y Asilo político* es el conjunto de normas para el reconocimiento de la condición jurídica de refugiado y de asilado, además de la concesión de protección complementaria requerida en cada caso. Una Ley que está basada en la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 y su *Protocolo* de 1967.³⁴

La *Ley General de Población* está dedicada a los hechos que influyen la evolución demográfica, la distribución en el territorio, la dinámica, el volumen, la estructura y el crecimiento de la población. Su objetivo de regulación debe lograr que los fenómenos relativos permitan a las personas participar de manera justa y equitativa en los beneficios del desarrollo social y económico. La reforma de 2011 y sanción de la *Ley de Migración* redujeron su ámbito únicamente a emigración y repatriación de nacionales, asuntos vinculados con su objeto. También regula la integración del *Registro Nacional de Población* a través del *Registro Nacional de Ciudadanos y el Registro de Menores de Edad*, junto al *Catálogo de los Extranjeros residentes en la República Mexicana* formado con la información del estatus migratorio de extranjeros en poder de la *Secretaría de Gobernación*, por medio del INM.

Ley Federal del Trabajo, promulgada para normar las relaciones laborales entre las dos partes: trabajadores y empleadores, sus derechos y obligaciones y las obligaciones y restricciones tratándose de trabajadores extranjeros. Cabe precisar que se suman aquí las prerrogativas del Derecho Internacional del Trabajo,³⁵ instrumentos complementarios de las normas nacionales.

34 Con las reservas del Gobierno de México respecto del artículo 17, párrafo 2, incisos a), b) y c), debido a que no puede garantizar exención automática de las obligaciones para obtener un permiso de empleo a los refugiados que reúnan cualquiera de los requisitos exigidos en esta disposición. También se reserva artículos 26 y 31.2 de la *Convención sobre el derecho de asignar el lugar o los lugares de residencia y modalidades de circulación en territorio nacional*. Disponible en: Gobierno de México, *"Tratados Celebrados por México"*, op. cit. en bibliografía.

35 Formado por distintos convenios, entre ellos, el *Convenio sobre los Trabajadores Migrantes* de 1949; el *Convenio sobre los Trabajadores Migrantes* (Disposiciones Complementarias) de 1975; el *Convenio sobre la Igualdad de Trato* (Seguridad Social) de 1962; el *Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos*, 2011. Lista según Naciones Unidas. Asamblea General "Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular". Anexo de la Resolución A/RES/73/195 Distr. general 11 de enero de 2019, referencia nota 13, op. cit. en bibliografía.

La *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* abocada a la protección de la niñez en general y a las medidas especiales de protección, privilegia en la migración el interés superior de la niñez y adolescentes con mandatos a las autoridades. En el tema tiene suma relevancia las sentencias y opiniones de la CIDH.³⁶

La normativa nacional se completa con programas, enunciado de objetivos y estrategias de cada una de las Dependencias de la Administración Pública Federal y organismos constitucionales autónomos.

El *Programa de Atención a Personas Migrantes* de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), organismo público, brinda asesoría, acompañamiento y protección, además investiga y documenta posibles violaciones. Los informes sobre su gestión, respecto del programa, nos permiten conocer el estado general del problema en México.³⁷

La CNDH³⁸ forma parte de la institucionalidad operativa, junto a las autoridades administrativas, con la encomienda expresa de defensa de los derechos.

Aunque la materia emigración e inmigración es competencia federal, las entidades federativas cuentan con normas que deben refrendar en el espacio local los principios constitucionales y federales. Así, la Ciudad de México (CDMX) desde su Constitución Política de la Ciudad de México (CPCDMX)³⁹ reconoce *la naturaleza intercultural, pluriétnica, plurilingüe y pluricultural de la Ciudad, que se enriquece con el tránsito, destino y retorno de la migración nacional e internacional*. Encierra los derechos de migrantes dentro del catálogo propio de la *Ciudad incluyente*; también establece la obligación de medidas para una *Ciudad global* que, entre otros fines, considera prevenir la emigración forzosa de las personas habitantes de la CDMX.

Pertenece a este orden de gobierno la *Ley de Interculturalidad, Atención a Migrantes y Movilidad Humana*.⁴⁰

La Ciudad cuenta también con la *Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México* (CDHCM), creada el 27 de junio de 1993, como organismo autónomo. Se estableció mediante la hoy abrogada *Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal* (ahora CDMX), para investigar, atender y fomentar los derechos humanos, haciéndolos valer en el ámbito de la Ciudad. Actualmente, su naturaleza, objeto en la materia y su estructura, se rige por la recientemente sancionada *Ley Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México*.⁴¹

En cualquier jurisdicción y materia, los principios reconocidos son el marco de referencia del ordenamiento nacional y de las prácticas a cargo de las autoridades. La materia migratoria está enmarcada por los principios generales, *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*, respecto de los derechos a la igualdad, a la vida, la integridad personal, a la liber-

36 Por ejemplo, la *Opinión Consultiva OC-21/14* de 19 de agosto de 2014, emitida a solicitud de la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Opiniones Consultivas*". [En línea], consulta 2022. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

37 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "*Informe de Actividades 2022*", Personas Migrantes. - Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2022,. Consulta 2023. Disponible en: https://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2022/IA_2022.pdf, pp. 173-183.

38 Fue creada el 6 de junio de 1990 mediante reforma constitucional con la función de proteger, promover y garantizar los derechos humanos.

39 Promulgada el 5 de febrero de 2017, consecuente con el estatus de la Ciudad a nivel de la CPEUM. La Ciudad de México es Entidad Federativa, cede de los Poderes de la Unión y Capital de la República. Ver: Gobierno de la Ciudad de México, Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, "*Leyes y Reglamentos*", *op. cit.* en bibliografía.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

tad de movimiento, a los derechos laborales, a la reunificación familiar y demás especiales de la situación migratoria.⁴²

No debe ser de otra manera por cuanto la migración, por sí misma, expone a las personas a condiciones precarias con la posibilidad de detenciones arbitrarias y trato inhumano, entre otras vejaciones.⁴³ Por lo cual, es primordial promover la sensibilización en derechos humanos garantizando un trato justo.⁴⁴

“Teorías” sobre migración

Las teorías sobre migración, que han sido propuestas para explicar el fenómeno de migración,⁴⁵ buscan comprender las motivaciones para migrar. La Teoría del capital humano⁴⁶ sostiene que este fenómeno está impulsado por la búsqueda de oportunidades, dado que se emigra para aprovechar las propias habilidades y conocimientos, además de obtener mayores beneficios económicos en otro lugar. Esta propuesta refiere los conocimientos, habilidades y otras cualidades adquiridas por una persona.

El capital humano, es un activo valioso que puede generar retornos económicos y mejorar las perspectivas laborales o posibilidades de desarrollo profesional y los ingresos.⁴⁷ Los ejemplos que ilustran son decisiones evaluadas según el retorno de la inversión. Puede ser en educación universitaria y especializadas, escogiendo donde exista una demanda laboral y salarios altos, así como estudiar en el extranjero, aprovechando la alta calidad y la opción de quedarse después de graduarse. Igual las personas calificadas de un país con tasas de desempleo elevadas, podrán optar por otro país donde hay escasez de trabajadores, con su nivel de habilidades.

Cabe también, la migración motivada por un sistema educativo más sólido que asegure un mejor retorno de la inversión en profesionalizarse. Esta teoría ayuda a comprender las decisiones de migración como una estrategia racional, para maximizar los retornos de capital humano y mejorar las oportunidades económicas.

La Teoría de la segmentación del mercado laboral⁴⁸ considera que la migración está relacionada con lo laboral en diferentes sectores económicos, donde los trabajadores locales no desean o están subrepresentados en el mercado laboral. Esta teoría plantea dos segmentos principales. El primario, caracterizado por empleos bien remunerados, estables, con bene-

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Resolución 04/2019. Principios Interamericanos Sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas”, [En línea], Organización de Estados Americanos - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, consulta: 2002. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>.

43 Swepston, Lee [y otros], *Migración, derechos humanos y gobernanza. Manual para Parlamentarios N° 24*, ed. Unión Interparlamentaria - Organización Internacional del Trabajo - Naciones Unidas Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, s.d.: Courand et Associés, 2015.

44 Feldmann A. y Durand J., “Mortandad en la frontera”, Migración y Desarrollo, Zacatecas: Unidad Académica en Estudios del Desarrollo - Universidad Autónoma de Zacatecas «Francisco García Salinas», 2008. N° 10, Vol. 6, pp. 11-35.

45 Ibarra Lampe, M. C. y Rodríguez, C., “Invirtiendo en el futuro: una mirada del migrante calificado en el proceso migratorio de Venezuela hacia Australia”, Revista Temas de Coyuntura, 2011, N° 63, pp. 69-106.

46 Bowles, Samuel y Gintis, Herbert, “El problema de la teoría del capital humano: una crítica marxista”, Revista de Economía Crítica, Publicación electrónica. Disponible en: <https://www.revistaeconomicacritica.org/index.php/rec/index/s/d>, 2014, N° 18, pp. 220-228.

47 Tovar Meléndez, Blanca Azucena, “La teoría del capital humano llevada a la práctica en las ciudades de aprendizaje”, Nóesis Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, Ciudad Juárez: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2017, N° 51, Vol. 26, pp. 45-56.

48 Recio, Albert [y otros], “Migraciones y mercado laboral”, Revista de Economía Mundial, Huelva, España: Sociedad de Economía Mundial, 2006, N° 14, pp. 171-193.

ficios laborales y oportunidades de crecimiento profesional. Y el segmento secundario que comprende empleos mal remunerados, precarios, temporales y con pocos beneficios.

Un ejemplo son los trabajos agrícolas, en condiciones laborales difíciles, temporales, bajos salarios y falta de beneficios laborales; en Estados Unidos, la cosecha de frutas y vegetales en zonas agrícolas. La construcción es otro sector en proyectos que requieren mano de obra intensiva y las condiciones suelen ser de alto riesgo. Los migrantes pueden ser atraídos por los salarios, y los empleadores pueden preferir contratar a migrantes debido a su disposición a aceptar salarios más bajos y sin prestaciones o muy precarias.

Del mismo tenor son los empleos de servicios domésticos, cuando ofrecen salarios bajos y condiciones laborales frágiles. En algunos países, los migrantes se emplean también en la industria manufacturera con salarios bajos. Esta teoría subraya las diferencias en los empleos disponibles y las condiciones laborales internas.

La Teoría del sistema mundial⁴⁹ plantea a la migración como fenómeno global con desigualdades político-económicas entre países. Se argumenta que la migración es una respuesta a las desigualdades y a las oportunidades que se abren en otros lugares. Es una perspectiva sociológica desde las desigualdades económicas y sociales en un sistema mundial interconectado. Sostiene que los flujos migratorios son impulsados por las disparidades económicas y deseos de mejores condiciones de vida.

Según esta teoría, el sistema global está estructurado en una jerarquía que divide a los países en: 1) centrales, los más ricos; 2) periféricos, los más pobres o menos industrializados, y 3) semi-periféricos, industrializados, ubicados entre los centrales y los periféricos. Esta jerarquía económica y política, muestra desigualdades en los recursos, oportunidades económicas y condiciones de vida, lo que impulsa movimientos migratorios. Las personas de los países periféricos buscan optimizar sus economías. Los residentes en semi-periféricos miran las oportunidades favorables en países centrales. En esta propuesta, los migrantes latinos son atraídos por las oportunidades en los Estados Unidos de América o países de Europa occidental.

La teoría del sistema mundial también puede aplicarse a los movimientos migratorios dentro de un país, cuando existen disparidades económicas y sociales entre las áreas urbanas desarrolladas y las rurales en desarrollo o sin perspectivas. Los conflictos armados, la persecución política y las crisis humanitarias también se relacionan con esta teoría.

La Teoría del ciclo de vida⁵⁰ sostiene que las decisiones migratorias están relacionadas con las etapas de vida y las probabilidades según la juventud o la formación de una familia o el retiro, asociadas a las necesidades y aspiraciones de educación, especialización, la familia y la jubilación. Muchos jóvenes deciden realizar sus estudios en otros países para obtener una educación superior de calidad. En esto influyen los programas de estudios específicos, universidades reconocidas o mejores oportunidades de investigación. Después de completar sus estudios, los ya profesionales, pueden optar por regresar a su país o quedarse.

La migración laboral en la etapa adulta acontece impulsada por la falta de oportunidades de desarrollo, o más complicado todavía, falta de trabajo en los lugares de origen. Es un elemento decisivo, la alta demanda en su especialización con remuneración atractiva y mayores

49 Massey, D. [y otros], *"Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación"*, Revista de Derecho Constitucional Europeo-ReDCE, Granada: Departamento de Derecho Constitucional - Facultad de Derecho - Universidad de Granada, 2008, N° 10, pp. 435-478.

50 Díez, Valeria Alejandra, *"La teoría del ciclo de vida de los destinos turísticos: El caso de Tandil"*, Revista Realidad, Tendencias y Desafíos en Turismo, Neuquén: Universidad Nacional del Comahue. Facultad de Turismo, 2020, N° 1: Vol. 18, pp. 1-26.

perspectivas de crecimiento profesional. Esta forma se relaciona también con la unificación o formación de una familia, aunque también es un factor que se aborda de manera autónoma.

Otro ejemplo de ciclo de vida sucede con la etapa de jubilación. Las personas optan por radicarse en lugares con clima más favorable, servicios de atención médica de calidad, disfrutar de condiciones propicias durante su retiro. La teoría del ciclo de vida enfatiza en las transiciones, según las etapas de vida, y nos deja ver que, las necesidades y aspiraciones de los ciclos de vida pueden influir en los patrones de movilidad.

La Teoría del enfoque dual⁵¹ sostiene que la migración es una combinación de factores de empuje y atracción. Las condiciones desfavorables como la pobreza, el conflicto o la falta de empleo, son impulsores. Los factores de atracción resultan ser el empleo, la seguridad o los beneficios sociales. Es una explicación en perspectiva sociológica que examina el fenómeno desde la idea de la migración por trabajo y familiar. Se centra en las diferentes motivaciones y patrones que surgen de estas dos categorías. La migración de trabajo se realiza para obtener empleo y mejorar las condiciones económicas. La migración familiar está provocada por la unión con miembros de la familia o para establecer el núcleo familiar en otro lugar.

Los ejemplos que ilustran la teoría del enfoque dual demuestran motivos laborales y oportunidades económicas. Esta forma lleva a suponer la migración familiar cuando las personas consideran no sólo las condiciones económicas de empleo, sino también priorizan la estabilidad, los lazos y unidad familiar. En esta teoría, los migrantes pueden ser motivados por factores económicos, sociales y emocionales en la búsqueda de una vida mejor. Esta perspectiva es un aporte más para revisar los diferentes patrones, su formulación y evaluación.

Migración y desarrollo: aspectos para un Estado de derechos

La plena vigencia y ejercicio de los derechos humanos en los procesos migratorios y en las comunidades es parte de los distintos aspectos del desarrollo, no está reñido con la generación de oportunidades económicas, la transmisión de conocimientos, el crecimiento de las personas y la diversidad cultural, tampoco con la seguridad y soberanía nacional. Sin embargo, el cómo los Estados asumen a la migración, a los derechos involucrados y sus responsabilidades atinentes, no son demostrativos de esas ideas

La causa del fenómeno actual de caravanas de migrantes, verdaderas diásporas, desplazamiento de grupos que son obligados a dejar su lugar de origen, no pueden ser vistas más que como falta de acciones públicas adecuadas, imposibilidad del ejercicio de derechos, ni siquiera de la libertad de circular o escoger residencia.

Este aspecto de la migración desvela la ausencia de derechos sin necesidad de mayores datos. Basta solamente preguntar si esta forma de emigrar permite suponer alguna posibilidad de práctica ordinaria de los derechos universalmente reconocidos, de elección voluntaria en perspectiva del desarrollo personal y familiar. Por el contrario, es evidencia indiscutible de la inactividad del Estado respecto de sus funciones primordiales.

Otra arista surge de los estudios que diversifican las causas por regiones y épocas, dejando ver cómo inciden la globalización, la integración regional y los mercados profesionales en la migración de clases medias.⁵² No obstante, no puede descuidarse la incidencia que tiene la

51 Massey, D. [y otros], *op. cit.* en bibliografía.

52 Herrera, Gioconda y Sørensen, Ninna Nyberg, "Migraciones internacionales en América Latina: miradas críticas a la producción de un campo de conocimientos", *op. cit.* en bibliografía, pp. 13-17.

pobreza, la desigualdad, los conflictos armados y la persecución política, así como la carencia de oportunidades para un desarrollo equitativo, completo y con perspectivas presentes y futuras. Esta mezcla de factores debiera constituir el nuevo capítulo del análisis, actualizado y regionalizado, y como tal, de las leyes y políticas de los programas.

Instrumentos todos destinados, en primer término, a evitar la emigración forzosa, enraizar a las personas en sus comunidades, ciudades o países. En ocasiones se minimiza que las personas son actores del desarrollo y que la migración por decisión voluntaria es la única manera de circulación de personas libres y con derechos, las que aportan fuerza de trabajo, conocimientos y habilidades. En todo caso, un Estado de derechos, acomoda sus instrumentos para la migración voluntaria y segura; facilita la transferencia de remesas, fomenta la inclusión socioeconómica, promueve la inversión en habilidades, capacidades y fuentes de empleo, y garantiza los derechos laborales.

Al ser la migración y el desarrollo hechos de las personas, no se puede soslayar el marco de referencia: sus derechos, antes, durante y al final del proceso, los compromisos con la dignidad, la cooperación internacional y una visión integral para el desarrollo y la justicia social.

Las políticas generales de los países no admiten a la migración como un reglón del desarrollo, sino como un problema de seguridad y presupuestal de los lugares de destino. Esto, a sabiendas de que los migrantes brindan sus aptitudes laborales y cubren las vacantes de empleo, lo que contribuye al mercado laboral y al crecimiento económico interno.

Cuando las personas son altamente capacitadas y cualificadas, contribuyen al desarrollo científico y tecnológico de ambos países, el de origen y el de destino a través de la transferencia de tecnología, la colaboración científica y el intercambio de conocimientos pueden impulsar la innovación y el avance. Es materia de los convenios internacionales y de las normas nacionales consecuentes, materializar las ventajas que provoca el fenómeno.

Si bien las remesas enviadas no resuelven las situaciones generales de pobreza en los países de origen, es un hecho que contribuyen al sostenimiento de familias y pueden ser causa del desarrollo económico local, donde *las comunidades locales pueden construir y protagonizar sus propios procesos de desarrollo*⁵³, proveerse bienes y servicios, comenzar nuevos emprendimientos sociales y productivos. Cabe considerar también la transferencia relativas a las nuevas habilidades, conocimientos y experiencia adquiridos.

Parece que México emprende un cambio de enfoque en las políticas generales. En efecto, según el *Plan Estratégico del Instituto Nacional de Migración 2019-2024*, el INM rige su actividad de acuerdo con los doce *Principios rectores del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*, entre ellos, “No más migración por hambre o violencia”,⁵⁴ lo mismo que en el objetivo 4 de los 6 que compone el *Programa Sectorial de Gobernación 2020-2024*: “Garantizar el pleno ejercicio y goce de los Derechos Humanos de las personas que radiquen, ingresen, residan, transiten o retornen a México...”; objetivo que depende del diseño, coordinación y aplicación de una política de población y movilidad de las personas.

53 Alburquerque Llorens, F., “La localización de los objetivos de desarrollo sostenible y la financiación de la Agenda 2030”, Revista de Fomento Social, Andalucía: Universidad Loyola, 2019, N° 293: Vol. 74/1, p. 80.

54 Coincidente con el apartado “Unidad de Propósito”, punto 13 del “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”. Anexo de la Resolución A/RES/73/195 Distr. general 11 de enero de 2019, op. cit. en bibliografía.

Conclusiones

La migración es el ejercicio legítimo y legal de las libertades de circulación, residencia, trabajo o profesión y desarrollo personal. Aunque los cambios en las formas muestran también la movilidad que no está motivadas por decisiones libres, sin cumplir con la definición internacional de refugiados. Por el contrario, las personas tienen motivos tan severos que se permiten correr los riesgos que entraña la migración irregular y mediante traslados absolutamente inaceptables.

La revisión de los criterios judiciales y de las normas del derecho vigente demuestran que no hay razón jurídica para seguir hablando de “criminalización” como expresión del poder punitivo del Estado. Esta práctica debe ser denunciada, ante la inexistencia de elementos que hagan presumir delitos. Aunque, es necesario ajustar los conceptos legales que propician la aplicación indebida y la falta de contundencia en la interpretación judicial.

La migración no es un delito, no está prevista como tal. Es ejercicio de derechos.

La penalización es una situación de hecho que debe ser investigada y sancionada.

Las distintas teorías nos informan sobre el conjunto de elementos sociales y económicos de la emigración como un fenómeno humano histórico, permanente y voluntario en virtud de la búsqueda de mejoras. No obstante, desde la perspectiva jurídica, no aclaran plenamente la distinción entre las causas voluntarias y la migración forzada, donde las personas no huyen de conflictos y persecuciones, sino por emigrar sin lo mínimo vital.

La migración forzada o irregular, considerando los hechos recientes, por sí misma, es evidencia de violaciones a los derechos fundamentales, además de causa de más transgresiones.

Las libertades no interfieren negativamente en los objetivos nacionales del desarrollo integral y sustentable. Al contrario, éste es posible gracias a las personas y a la práctica de sus derechos, principio rector de las acciones estatales según normas supremas del derecho mexicano. De tal suerte, independiente de la nacionalidad de las personas, el Estado debe cumplir los compromisos convencionales, sin perjuicio de la seguridad y la soberanía estatal.

A pesar del bagaje de reglas en favor de los derechos y del desarrollo, se necesita mayor actividad pública para crear y mejorar las condiciones de desarrollo y evitar la emigración forzada o irregular de nacionales, así como, irrenunciablemente, interpretar y aplicar decisiones conforme los derechos fundamentales. Ir más allá de pedir o impulsar reformas migratorias. En palabras del *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, en general, los Estados deben “...colaborar para crear condiciones que permitan a las comunidades y las personas vivir con seguridad y dignidad en su propio país. Una sugerencia hartamente conveniente para una comunidad de Estados de derechos.

La cooperación internacional para garantizar políticas migratorias humanas es irrenunciable e imprescindible, más todavía de cara a las formas de la migración indocumentada.

Bibliografía

Alba, Francisco “Migración internacional y Políticas Públicas”, en Leite Paula y Giorgul Silvia E. (coord.) El estado de la migración. Las políticas públicas ante los retos de la migración mexicana a Estados Unidos, México: Consejo Nacional de Población, 2009, pp. 23-45.

Albuquerque Llorens, F., “La localización de los objetivos de desarrollo sostenible y la financiación de la Agenda 2030”, Revista de Fomento Social, Andalucía: Universidad Loyola, 2019, N° 293: Vol. 74/1.

Bowles, Samuel y Gintis, Herbert, “El problema de la teoría del capital humano: una crítica marxista”, Revista de Economía Crítica, Publicación electrónica. Disponible en: <https://www.>

revistaeconomiacritica.org/index.php/rec/index: s/d, 2014, N° 18.

Cámara de Diputados - Congreso de la Unión, “*Leyes Federales Vigentes*” Información Parlamentaria, [En línea], (v. f.), consulta: 2023. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Cámara de Diputados - Congreso de la Unión, “*Reglamentos de Leyes Federales*” [En línea], (v. f.), consulta: 2023. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley.htm>

Canales, Alejandro I., “*El debate sobre migración y desarrollo: Evidencias y aportes desde América Latina*”, Latin American Research Review, ed. Latinoamericanos Asociación de Estudios. - Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press - Universidad de Florida, 2015, N° 1, Vol. 50.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Resolución 04/2019. Principios Interamericanos Sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas*”, [En línea], Organización de Estados Americanos - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, consulta: 2002. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “*Informe de Actividades 2022*”, *Personas Migrantes*. [En línea], Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2022, consulta 2023. Disponible en: https://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2022/IA_2022.pdf

Correa-Cabrera Guadalupe y Koizumi Naoru Explicando las caravanas migrantes: ¿hipótesis de trabajo, activismo académico o teorías conspirativas? [Journal] // Frontera Norte. Revista internacional de fronteras, territorios y regiones. - [s.l.] : Colegio de la Frontera Norte, 2021. - número 33.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Opiniones Consultivas*”. [En línea], consulta 2022. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_21_esp.pdf

Diez, Valeria Alejandra, “*La teoría del ciclo de vida de los destinos turísticos: El caso de Tandil*”, Revista Realidad, Tendencias y Desafíos en Turismo, Neuquén: Universidad Nacional del Comahue. Facultad de Turismo, 2020, N° 1: Vol. 18.

Feldmann, A. y Durand, J., “*Mortandad en la frontera*”, Migración y Desarrollo, Zacatecas: Unidad Académica en Estudios del Desarrollo - Universidad Autónoma de Zacatecas «Francisco García Salinas», 2008. N° 10, Vol. 6.

García Zamora, Rodolfo y Gainza, Patricia, “*Economía, migración y política migratoria en Sudamérica: Avances y desafíos*”, Migración y Desarrollo, Zacatecas: Universidad Autónoma de Zacatecas «Francisco García Salinas», 2014, N° 23, Vol. 12.

Gobierno de la Ciudad de México, Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, “*Leyes y Reglamentos*”, [En línea], (v. f.), consulta: 2023. Disponible en: <https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/index.php/leyes/leyes> y https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/estatutos/CONSTITUCION_POLITICA_DE_LA_CDMX_8.pdf.

Gobierno de México, “*Tratados Celebrados por México*”, [En línea], “*Tratados Internacionales Celebrados por México*”, (v. f.), consulta: 2023. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/introduccion.php> y https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php

Herrera, Gioconda y Sørensen, Ninna Nyberg, “*Migraciones internacionales en América Latina: miradas críticas a la producción de un campo de conocimientos*”, íconos Revista de Ciencias Sociales, Quito: FLACSO Ecuador, 2017, N° 58.

Iniciativa Migrantes en Países en Situaciones de Crisis, *Directrices para la Protección de los Migrantes en Países Afectados por Conflictos o Desastres Naturales* [Libro]. - [s.l.]: Iniciativa Migrantes

en Países en Situaciones de Crisis, 2016. - “Colección no vinculante de principios, recomendaciones y prácticas que pueden guiar los esfuerzos de todos los interesados para reducir la vulnerabilidad de los migrantes en tiempos de crisis.”.

Ibarra Lampe, M. C. y Rodríguez, C., “*Invirtiendo en el futuro: una mirada del migrante calificado en el proceso migratorio de Venezuela hacia Australia*”, Revista Temas de Coyuntura, 2011, N° 63.

Jayme Erik “Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Privé Postmoderne”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law”, Série Recueil des Cours. - La Haya: The Hague Academy of International Law, 1ra publicación: 1995. - Vol. 251.

Martínez Pizarro, Jorge, editor, *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, ed. CEPAL, Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2008, Vol. Libros de CEPAL: N° 97.

Massey, D. [y otros], “*Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación*”, Revista de Derecho Constitucional Europeo-ReDCE, Granada: Departamento de Derecho Constitucional - Facultad de Derecho - Universidad de Granada, 2008, N° 10, pp. 435-478.

Naciones Unidas Declaración Universal de los Derechos Humanos [En línea]. - 2023. - <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Naciones Unidas. Asamblea General “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”. Anexo de la Resolución A/RES/73/195 Distr. general 11 de enero de 2019 [En línea]. - Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, Pacto aprobado el 19 de diciembre de 2018.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022”, Ginebra, Suiza: Organización Internacional para las Migraciones, 2021. La preparación de la edición comenzó en marzo de 2020 y concluye en diciembre de 2021 con la presentación del informe a cargo del Director General en la Centésima duodécima Reunión del Consejo de la OIM.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “Informe de las Migraciones Mundiales 2020”, [En línea]. Consulta: distintos meses de 2023, disponible en: <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2020-interactive/>. Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “*Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*”, Ginebra, Suiza: Organización Internacional para las Migraciones, 2022.

Poder Judicial de la Federación - Suprema Corte de Justicia de la Nación, “*Semanario Judicial de la Federación*” [En línea], (v. f.), consulta 2023. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

Recio, Albert [y otros], “*Migraciones y mercado laboral*”, Revista de Economía Mundial, Huelva, España: Sociedad de Economía Mundial, 2006, N° 14.

Rodríguez, Jorge y Busso, Gustavo, *Migración interna y desarrollo en América Latina entre 1980 y 2005: Un estudio comparativo con perspectiva regional basado en siete países*, Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2009.

Sen, Amartya, “*El desarrollo como libertad*”, Gaceta Ecológica, Distrito Federal: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, N° 55, 2000.

Sen, Amartya, *Desarrollo y Libertad*, trad. Toharia Esther Rabasco y Luis, Buenos Aires: Planeta S.A., 2000. 1ra reimpresión, pp. 341-349. Título original *Development al Freedom*.

Suprema Corte de Justicia de la Nación - Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos. Protocolos de Actuación [En línea], “*Protocolo para Juzgar Casos*

que involucren Personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional”, 2021, consulta: 2023. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-06/Protocolo%20para%20juzgar%20casos%20que%20involucren%20personas%20migrantes.pdf>.

Swepston, Lee [y otros], *Migración, derechos humanos y gobernanza. Manual para Parlamentarios N° 24*, ed. Unión Interparlamentaria - Organización Internacional del Trabajo - Naciones Unidas Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, s.d.: Courand et Associés, 2015.

Torre Cantalapiedra Eduardo, “*El estudio de las caravanas migrantes en México*”, Norteamérica, Revista Académica del CISAN-UNAM, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre de 2022, número 2: Vol. año 17, págs. 67-89.

Torre Cantalapiedra Eduardo “Caravanas migrantes: forma de movilidad y movimiento social”, Nexos, 15 de diciembre de 2021, sec. “Observatorio Migrante”.

Tovar Meléndez, Blanca Azucena, “*La teoría del capital humano llevada a la práctica en las ciudades de aprendizaje*”, Nóesis Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, Ciudad Juárez: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2017, N° 51, Vol. 26.

Racionalidad y Reinserción: Un Enfoque para la Imposición de Penas *

Rationality and Reintegration: An Approach to Sentencing

Dra. Eva Grissel Castro Coria**

* Artículo de investigación postulado el 07/12/2022 y aceptado para publicación el 21/11/2023

** Investigadora de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo
eva072001@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6106-5631>

RESUMEN

El objetivo fue analizar el principio de proporcionalidad de la pena dentro del marco jurídico mexicano, para ello, se recurrió metodológicamente a un examen histórico y comparativo de la legislación internacional y nacional en conjunto con la jurisprudencia. Los resultados muestran la progresividad del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con un enfoque particular en la razonabilidad y la reinserción social. Los hallazgos enfatizan la necesidad implementar decisiones judiciales que no solo se centre en la imposición de penas, sino también en entender y abordar las causas subyacentes de la conducta delictiva, con el objetivo de lograr una sociedad más justa y equitativa. Por ello, se presenta un enfoque teórico basado en la conducta social; causas y efectos como respuesta para transitar de decisiones punitivas a rehabilitadoras, buscando un equilibrio entre justicia, prevención del delito y respeto por los derechos humanos.

PALABRAS CLAVES

Racionalidad, Proporcionalidad, Pena, México, Justicia.

ABSTRACT

The objective was to analyze the principle of proportionality of punishment within the Mexican legal framework, for this, a historical and comparative examination of international and national legislation was methodologically used in conjunction with jurisprudence. The results show the progressiveness of Article 22 of the Political Constitution of the United Mexican States, with a particular focus on reasonableness and social reintegration. The findings emphasize the need to implement judicial decisions that not only focus on the imposition of sentences but also on understanding and addressing the underlying causes of criminal behavior, with the aim of achieving a more just and equitable society. Therefore, a theoretical approach based on social behavior is presented; causes and effects as a response to move from punitive to rehabilitative decisions, seeking a balance between justice, crime prevention and respect for human rights.

KEYWORDS

Rationality, Proportionality, Penalty, Mexico, Justice.

SUMARIO

Introducción.
Desarrollo del principio de proporcionalidad de la pena.
La razonabilidad de las decisiones.
Acciones en la proporcionalidad de la pena.
Conclusiones.
Fuentes consultadas

Introducción

El objetivo de este estudio fue analizar el principio de proporcionalidad de la pena para determinar acciones complementarias necesarias para la reinserción social, considerando un análisis de causa efecto, para ello, se estudia instrumentos internacionales, como lo son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y su desarrollo histórico a partir del 1917, para establecer la progresividad del principio que pretende que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Por lo que, se vislumbra cómo el principio de proporcionalidad, requiere de otros elementos para definirse, especialmente de; la necesidad e idoneidad como instrumentos para racionalizar y con ello resolver la colisión de principios constitucionales, especialmente cuando en un caso concreto existen derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, aunado a lo anterior, se describen los elementos que se deben valorar conforme al referido principio, al ser una herramienta útil para imponer una pena y dar una abanico de posibles soluciones a la conducta delictiva, atendiendo a la justicia distributiva y a la política criminal.

Y lo anterior es importante para el estudio, ya que, el principio de proporcionalidad implica una relación entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena, por el hecho de que la pena debe resultar proporcional a la gravedad del hecho cometido, esto guarda relación con el hecho antijurídico y, con el grado de afectación al bien jurídico protegido, por el hecho de que la pena correspondiente a la modalidad del delito, para ello, el principio de proporcionalidad de la pena impone la necesidad de vincularse con otros dos principios, el de racionalidad y el de proporcionalidad conforme a los artículos 1º, 20, apartado A, fracción VII y 21 de la Constitución Política de los Estados.

Entonces, el principio de proporcionalidad de la pena implica moderación y justicia restaurativa y distributiva, para considerar si la imposición de la pena es suficiente con miras a la reincorporación social, el respeto a los derechos fundamentales, persiguiendo la “intervención mínima” del Estado ante el libre desarrollo de la personalidad, pero necesaria para evitar que se repitan los efectos delictivos. Es por ello, que la última parte de este estudio se presenta un análisis cualitativo, racional y, proporcional, necesario para determinar acciones complementarias para conseguir uno de los fines perseguidos, una correcta reinserción social.

Desarrollo del principio de proporcionalidad de la pena.

El principio de proporcionalidad en la pena se localiza en instrumentos internacionales, y en el derecho mexicano, primeramente la analítica se centra en normas internacionales; el concepto de proporcionalidad de la pena tiene su origen en la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹ El artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone la base normativa para exigir la proporcionalidad de la pena al señalar:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, **toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley** con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”²

1 ONU, 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

2 ONU, 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 29.2.

Lo anterior se robustece con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³ el cual protege derechos relevantes en el ámbito de las penas y en ese orden de ideas establece que todos los Estados adoptarán medidas que guarden proporción a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos. Esto implica que los Estados deben considerar en sus dispositivos normativos ciertas limitaciones al establecimiento de las penas con el fin de respetar el derecho y garantías del individuo.

Otro instrumento internacional es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que señala: “la intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción”⁴ por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también reconoce la proporcionalidad como un principio y señala:

“Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”⁵

Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de proporcionalidad se basa en que la conducta debe ser medida con el fin de conseguir justicia, tanto para la víctima como para la sociedad. Lo anterior parte del concepto de justicia restaurativa y de justicia distributiva, como forma de responder al comportamiento delictivo, balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes⁶ y esto es comprensible en virtud de que la sanción no siempre constituye el trazo distintivo del derecho.⁷

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga a “suministrar recursos judiciales efectivos”⁸ para la imposición de la pena, conforme a las reglas del debido proceso en un plazo razonable. Aquí surge otro enlace discursivo al tipo de justicia que se debe aplicar, en virtud de que, si bien es cierto que las penas deben estar acorde al bien jurídico afectado, también lo es que deben respetar el principio pro persona, tanto de la víctima como del inculcado.

Entonces, en concordancia con las referencias normativas internacionales, el Estado Mexicano, ha plasmado en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la proporcionalidad de la pena, al disponer que:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.⁹

3 ONU: ASAMBLEA GENERAL, 1976. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf.

4 PARLAMENTO EUROPEO, 2016. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2016. Artículo 49,3. Disponible en <https://www.boe.es/boe/2016/202/200389-00405.pdf>

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. 21 de enero de 1994, Caso Gangaram Pandey, Párrafo 47. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf

6 ONU, 2016. Manual fue preparado para la Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito, (UNODC). Nueva York. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

7 RENTERÍA DÍAZ, A., 2017. Filosofía del Derecho. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, pp. 10-30

8 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 8, 1 y 25. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

9 CPEUM. Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, 2019. Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

Esta última frase de: “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”,¹⁰ establece una doble correspondencia, por un lado: la vinculación de la proporcionalidad al tipo penal, pero también: al bien jurídico afectado, es decir, mediante el análisis de un elemento objetivo, determinado, positivizado, definido y por otro extremo un análisis subjetivo, puesto que el bien jurídico es afectado dependiendo de la condición de la víctima y del victimario, lo que implica que la valoración debe tener por lo menos estas dos vertientes, a la que se le puede añadir una tercera, el principio pro persona, por lo que, en el derecho penal, este principio es entendido conforme a la sanción que debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido.

Ahora bien, históricamente, el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ha ido modificando desde su versión original en el año de 1917, por lo menos en siete ocasiones, lo que ha provocado un cambio sustancial. En su versión original, es decir, en el texto constitucional publicado en el año de 1917, el artículo materia de este estudio señalaba: “la prohibición de las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”, pero no se hacía referencia al principio de proporcionalidad.¹¹

La primera reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de diciembre de 1982,¹² sigue sin considerar el principio de proporcionalidad, y añade dos párrafos relacionados con la confiscación de bienes total o parcial, así como la prohibición de la pena de muerte por delitos políticos.

La segunda reforma del 03 de julio de 1996,¹³ de nueva cuenta no describe el principio de proporcionalidad, se concentra en la confiscación de bienes totales o parciales en los casos de enriquecimiento ilícito, regula la delincuencia organizada, situación que también sucede con la tercera reforma del 08 de marzo 1999,¹⁴ ambas se centran en regular la confiscación de bienes.

La cuarta reforma acontecida el 09 de diciembre de 2005 deroga el cuarto párrafo del artículo 22¹⁵ y es hasta la quinta reforma el 18 de junio de 2008,¹⁶ en donde se añade al primer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el hecho de que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Estas no son las únicas reformas que han intervenido en el principio de proporcionalidad en las penas, existen por lo menos seis amparos que conforman lo que ahora es la interpretación amplia y en sentido estricto de este principio: amparo en revisión 1629/2004, acción de

canos. México: Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_201219.pdf.

10 Ídem

11 CONGRESO, C., 1917. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 febrero 1917. México: Congreso Constituyente.

12 DOF, Diario Oficial de la federación, 1982. Decreto de reformas y adiciones. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_099_28dic82_ima.pdf

13 DOF, Diario Oficial de la federación, 1996. Decreto de reforma. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_135_03jul96_ima.pdf

14 DOF, Diario Oficial de la federación, 1999. Decreto de reforma. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_139_08mar99_ima.pdf

15 DOF, Diario Oficial de la federación, 2005. Decreto de reforma. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_164_09dic05_ima.pdf

16 DOF, Diario Oficial de la federación, 2005. Decreto de reforma. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf

inconstitucionalidad 27/2005, amparo en revisión 307/2007, acción de inconstitucionalidad 11/2005, y amparo en revisión 2044/2008.¹⁷

Además, se debe considerar, como lo afirma Rentería¹⁸ que las penas no son morales, sino jurídicas, lo que a su vez denota una serie de características, es decir, que son: externas ya que dan respuesta organizada e institucionalizada a una conducta, además que están determinadas, por lo que, hay precisión respecto del tipo de conducta sancionable y, por último, hay una realidad entre la capacidad de identificar el delito y hacerlo objeto de sanción.¹⁹ Este conjunto de medidas constituye el fundamento del derecho, en virtud de que es el conjunto de directivas mediante las cuales se trata de alcanzar el objetivo; guiar la conducta de los hombres para que puedan vivir de manera más o menos pacífica, con cierta seguridad, en una sociedad organizada.²⁰

La razonabilidad de las decisiones.

Del principio de proporcionalidad surge otro elemento orientador; la razonabilidad, con la pretensión de limitar los excesos en las decisiones,²¹ porque conforme a los artículos 1º, 20, apartado A, fracción VII y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales,²² la aplicación del principio de proporcionalidad es un derecho del inculcado, en el entendido de que para generar ciertas limitaciones, estas pueden aplicarse siempre y cuando resulten razonables y proporcionales.

En este orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo tribunal constitucional mexicano, ha señalado que la razonabilidad, funge como herramienta: interpretativa, integradora, limitativa, fundamentadora, y sistematizadora,²³ entonces, el principio de razonabilidad constituye una relación lógica y proporcional entre los fines y medios de una medida; es subjetiva, porque guarda congruencia con la capacidad del sujeto —en este caso el juzgador—, para entender los elementos de prueba, tiene relación con su capacidad de razonar, su experiencia y sus procesos de capacitación, el grado de humanismo, utilitarismo o materialismo que haya desarrollado como eje orientador de su actividad intelectual, a lo largo de su vida profesional y personal.

Por lo que el principio de proporcionalidad debe ser racional en virtud de que se debe examinar si el medio afecta, limita, restringe o altera el contenido esencial de otros derechos

17 DÍEZ GARGARI, R., 2012. Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. Cuestiones constitucionales [en línea], no. 26, pp. 69-106. [Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000100003&lng=es&nrm=iso&tlng=es]. PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, D., GARCÉS PALACIO, M. y LUCÍA RESTREPO CAMILO OLAVE VERGARA, A., 2012. Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de derecho, universidad del Norte, vol. 38, no. julio-diciembre, pp. 142-171.

18 Op cit. RENTERÍA DÍAZ, A., 2017.

19 Op cit. RENTERÍA DÍAZ, A., 2017. pp. 1-14.

20 Op cit. RENTERÍA DÍAZ, A., 2017. pp. 10-30.

21 MARTÍNEZ-VILLALBA, J.C.R., 2016. Alcance y límites del principio de proporcionalidad. Revista chilena de derecho, vol. 43, no. 1, pp. 283-309. DOI 10.4067/S0718-34372016000100012. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100012&lng=n&nrm=iso&tlng=es.

22 CNPP. Código Nacional de Procedimientos Penales. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2020 Última reforma 24 abril de 2023. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>

23 SJF, Semanario Judicial de la Federación. 2014b. Tesis 2007923, 1a. CCCLXXXV/2014 (10a.) [en línea]. México: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Igualdad y no discriminación. Funciones y consecuencias en el uso del principio de razonabilidad. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007923>.

fundamentales, de acuerdo con la finalidad de máxima eficacia de la Constitución. B. Pulido²⁴ señala que la racionalidad del sistema jurisdiccional debe atender a las reglas y los principios, que se aplican por medio de la ponderación, entendida esta última como un procedimiento, es decir, implica un procedimiento mental para aplicar las normas legales utilizando el método científico²⁵ para aplicar dichas reglas.

Es por ello, que si bien es cierto que el principio de razonabilidad parte del conocimiento objetivo y subjetivo que las partes; víctima y victimario, peritos, desde el ámbito de su competencia, presentan como una serie de elementos probatorios, interpretativos de su realidad pragmática, para pretender generar en el juez criterios para la resolución del caso concreto, también es cierto que los mismos no determinan la única realidad analizable, luego entonces, el único sujeto institucionalizado, legalmente capaz que debe vincular todos los elementos aportados para construir una única relación lógica y proporcional entre los fines y los medios de la medida es el juez.

Por su parte, Rorty²⁶ refiere que el principio de racionalidad desarrolla una argumentación relativa a la pena para poder ponderar, situación que requiere de una motivación, y es que la racionalidad es un atributo humano, implica coherencia y sentido común, es por ello, que el análisis sobre la “ponderación”, cobra relevancia, implica balancear los bienes jurídicos que intervienen en una determinada situación, y justificar racionalmente la decisión²⁷ y, el principio se desarrolla considerando; la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

La idoneidad, está vinculada a la teoría del bienestar, la cual pretende de manera racional minimizar la desigualdad social, para ello, se requiere de una justa distribución de recursos o en nuestro caso de medidas, pretende guiar las decisiones, en el caso de estudio, las de carácter judicial para establecer una posición de la pena conveniente que no sea perjudicial a los intereses generales y particulares.²⁸ Por su parte, el principio de necesidad implica estudiar los intereses generales y particulares para que ambos se vean favorecidos o ambos no se vean afectados.

Es por ello, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el principio de proporcionalidad es una metodología taxativamente indicada para resolver la colisión de principios constitucionales, en particular cuando versan sobre los alcances de los derechos fundamentales y por ello existe el test de proporcionalidad, el cual verifica si algún derecho humano reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, se ha transgredido, y el juzgador debe valorar los factores normativos. Entre los métodos más comunes para solucionar

24 BERNAL PULIDO, C., 2006. La racionalidad de la ponderación. Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año no 26, No 77, 2006, págs. 51-75, vol. 26, no. 77, pp. 51-75. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2233706>.

25 SJF, Semanario Judicial de la Federación. 2007. Tesis 173072. 1a. CLXXXVII/2006 [en línea]. México: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Conocimientos científicos. Características que deben tener para que puedan ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de emitir su fallo. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/173072>.

26 RORTY, Richard. Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo. Verdad y progreso, 2000, vol. 1, p. 219-242.

27 SJF, Semanario Judicial de la Federación. 2020. Tesis 2022079, Libro 78, septiembre de 2020, Tomo II, página 967. México: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Principio de ponderación. Contenido y alcances en relación con los derechos fundamentales. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022079>.

28 SJF, Semanario Judicial de la Federación. 2019. Tesis 2021134, Libro 72, noviembre de 2019, Tomo I, página 378. México: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Secuestro. El artículo 10, fracción ii, inciso a), de la ley general para prevenir y sancionar los delitos en esa materia no vulnera el principio de proporcionalidad de las penas. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021134>.

esas problemáticas se encuentra el test de proporcionalidad que, junto con la interpretación conforme, el escrutinio judicial y otros métodos interpretativos, constituyen herramientas igualmente útiles para dirimir la violación a derechos.²⁹

Por ello que este apartado ha identificado que la aplicación del principio de proporcionalidad requiere una metodología auxiliar a la interpretación jurídica, para realizar el análisis de los principios, los cuales se resumen en analizar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida. Estos principios deben ser estudiados en apego a los derechos fundamentales, implica generar un examen para identificar si la pena es conveniente o existen acciones complementarias que puedan lograr la pretensión de la sanción.

La idoneidad debe ser analizada desde el bienestar que se logre para que la víctima y, por ende, bajo la pretensión de que pueda recuperar el estilo de vida que tenía previo a la conducta delictiva, con respecto al victimario, el principio pretende la reinserción social, implica que se altere el tejido delincuencia.

Por su parte, el principio de necesidad analiza si el objetivo se puede lograr con la medida impuesta, y por último la ponderación interroga si desde la perspectiva jurídica se ha analizado todos los hechos y consecuencias jurídicas en la imposición de la pena, no hay premisas subvaloradas, si lo analizado es fáctico y realizable y responde a exigir un comportamiento concreto y determinado.

Esta relación lógica que se construye con los elementos aportados, debe ser fundamentada y motivada por ser actos de autoridad,³⁰ pero además debe gozar de coherencia y sentido común, se debe caracterizar por observar derechos fundamentales y debe lograr que la conducta desplegada tenga como consecuencia lograr la justicia para la víctima, victimario y para la sociedad, por lo que, en ningún momento debe ser discrecional ni arbitraria, ni mucho menos carente de justificación razonada, y sobre todo debe expresar las razones normativas aplicables al caso que da respuesta a preguntas con base a lo aportado y, con ello materializar que el sentenciado, logró reintegrarse a la vida en sociedad, ya que si no se reconoce al delincuente y por ende a la acción del mismo, es decir, a la delincuencia, como un problema social y no individual, no se generarán las conductas, acciones, penas, y demás instrumentos necesarios para regresar al reo a la vida en sociedad, por el hecho de que la pena debe estar relacionada con elementos subjetivos que permitan que lo anterior suceda, a través del trabajo, de la capacitación del reo, el fomento de la educación, el cuidado de la salud y el deporte, todas herramientas y elementos de transformación de cualquier persona privada de su libertad.³¹

Es por ello, que el principio de proporcionalidad de la pena implica moderación, justicia distributiva y justicia restaurativa, como límite de la actividad limitadora de la libertad, la proporcionalidad representa una garantía constitucional en favor del individuo; un muro sustantivo, en manos de los jueces³² con un objetivo: determinar si la proporcionalidad de la pena debe mirarse teniendo en cuenta si su imposición resulta necesaria tanto para la corrección y educación de la persona con miras a su resocialización.³³

²⁹ Ídem.

³⁰ Óp. Cit. CPEUM. 2019 Artículo 16.

³¹ Óp. cit. CPEUM, 2019, art. 19.

³² BARNES, J., 1998. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. Cuadernos de Derecho Público [en línea]. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/509>.

³³ COTE-BARCO, G.E., 2008. Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. Vniversitas, vol. 116, no. julio-diciembre, pp. 119-151.

Hasta este momento se ha referido que el principio de proporcionalidad considera más elementos que los inicialmente planteados que obliga al juzgador a un amplio análisis correspondiente al tipo penal y, al bien jurídico afectado, además de considerar derechos humanos y, estudiar el caso concreto.

Otro elemento importante en la aplicación de la pena es la determinación de las condiciones para la reinserción social, elemento de suma importancia, pues mientras el delincuente exista, la conducta delictiva se llevará a cabo, lastimando con ello el tejido social y provocando en su camino alguna víctima que necesitará de la protección de la justicia.

Es por ello, que el principio de proporcionalidad debe de trascender de únicamente analizar la gravedad de la pena, el hecho antijurídico y el grado de afectación al bien jurídico protegido, requiere realizar un análisis cualitativo que transita de una ruta crítica en donde se requiere racionalidad, proporcionalidad y estudio del caso concreto tanto de la víctima como del victimario, en virtud de que la aplicación del principio es un derecho del inculcado, pero también de la sociedad.

Además, con la intención de que se aplique al caso concreto, atendiendo a la interpretación pro persona establecida en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la medida debe tener un carácter empírico que como consecuencia se apoye en el esquema medio-fin.³⁴

Lo anterior se resume en que el sujeto ante el mismo hecho jurídico no puede ni debe tener la misma pena, en virtud de que la realidad social no lo permite, al considerar las características sociales, políticas, culturales, económicas o de cualquier otra índole que llevaron a cometer la conducta delictiva, es por ello que ante la igualdad formal de derecho, que deriva del debido proceso o igualdad procesal y, los elementos que deben seguirse en un proceso judicial, adicionalmente deben evaluar las condiciones que llevaron a desplegar la conducta delictiva, para imponer la sentencia pero también generar acciones complementarias en el proceso de reinserción social para remover las brechas de desigualdades.³⁵

Pareciera una labor sencilla, pero es profunda, imparcial y, necesariamente, se requiere el humanismo como elemento catalizador del estudio de la conducta, lo que pareciera estar lejos de construir esta relación lógica, es por ello, que se recurre al método científico, a la ciencia del comportamiento, a estudios psicológicos, para entender empíricamente la realidad social y la respuesta normativa que se dará con la sanción y con la proporcionalidad de la sanción.

Acciones en la proporcionalidad de la pena

Se plantea que la decisión del juzgador, al utilizar la racionalidad para ponderar, y motivar atendiendo a reglas y principios para direccionar la racionalidad, buscando establecer un marco de conducta social (causas y efectos) en la imposición de la pena, establezca una ruta de acciones para la reinserción social como acto de autoridad, lo que implica generar una decisión fundada y motivada, racional, coherente, principios protegiendo derechos fundamentales; que materialice un propósito, y tenga una directriz, para responder de manera objetiva conforme al hecho y al derecho del caso concreto, lo anterior sustentado en premisas y con argumentos razonables.

34 YENISSEY ROJAS, I., 2008. La proporcionalidad en las penas. Revista Jurídica, vol. 1, pp. 275-286

35 En virtud de que existen grupos que históricamente han sido vulnerados y que han sido obligados socialmente a permanecer en la exclusión de condiciones de vida digna



Es así como el tema de las decisiones racionales no se ciñe únicamente al apartado de justicia penal, otras materias como la familiar, mercantil, civil, la administración y las políticas públicas, han sumado esfuerzos sustanciales para lograr que las decisiones sean razonables, lógicas y estén basadas en un método científico, ante situaciones como: no violentar derechos humanos, la escasez de recursos, las necesidades sociales, la capacidad del Estado, entre otras.

Por ello, es importante construir razonamientos lógicos, en condiciones presentes que representan reacciones futuras, ya que imponer una pena impacta en la vida futura del sentenciado, por lo que, es necesario, definir acciones complementarias para intervenir en lo que ha sido definido como la proyección hacia el futuro, realizando los siguientes pasos:

- Paso 1. Planteamiento del problema
- Paso 2. Análisis de causas y efectos.
- Paso 3. Análisis de alternativas y solución.

El primer paso pretende definir el problema, implica conocer la situación que generó el problema, los elementos que suscitaron, la acción materia de análisis, por lo que Sousa Oliva y Verduzco³⁶ señalan la importancia de plantear la situación problemática, considerando una proyección hacia el futuro, esto es, identificar los hechos que lo originaron, las acciones realizadas y de seguir subsistiendo, la proyección hacia el futuro.

Lo anterior es relevante, ya que la proporcionalidad de la pena, como se refirió en apartados anteriores, implica atender inicialmente varias situaciones problemáticas: proteger que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia, se obstaculice el desarrollo de la investigación, y se ponga en riesgo a la víctima, pero especialmente al dictar la sentencia, se logre que la víctima recupere el estilo de vida previo a la acción delictiva e identificar la viabilidad de que el victimario se reincorpore a la sociedad con herramientas necesarias para que no vuelva a delinquir, y por ello, se debe considerar, realizar una proyección de la situación, para que con ello, el juzgador pueda considerar las causas y efectos en la definición de la pena, ya que la misma, invariablemente genera una proyección hacia el futuro. De modo que se debe ejecutar este ejercicio a efecto de desarrollar una argumentación relativa a la imposición de la sanción, es decir, de no modificar las acciones que lo llevaron a delinquir, las mismas se repetirán en el futuro.

Una vez identificado el problema, respecto de la conducta delictiva, es importante desagregar la información, la pretensión es identificar las causas de la situación problemática, y con ello generar un cambio, pretendiendo de la sentencia logre efectos específicos, lo anterior considerando que dichos elementos son necesarios para que el órgano encargado de imponer la pena tome una decisión racional, y trace la ruta o mapa de acciones que intervendrán a lo largo de la pena.³⁷

Se pretende generar decisiones lógicas ante problemas específicos, vislumbrado un cambio en el futuro, en virtud de que la transgresión al tejido social y, la reconstrucción del mismo, implica la necesidad de que dentro de un catálogo de penas se determinen acciones

36 SOUSA OLIVA, J.D. y ARBESÚ VERDUZCO, L.I., 2018. Planificación gubernamental. Manual para elaborar planes de desarrollo. El Sótano. primera. México: Oxford University Press.

37 ORTEGÓN, E., PACHECO, J.F. y PRIETO, A., 2015. Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas. Disponible en: www.cepal.org/es/suscripciones, p 15.

complementarias para la reinserción y de ahí la labor de identificar las medidas aplicables.

Una vez identificada la situación problemática e identificado causas y consecuencias del caso concreto, hay que plantear la solución, esto permite describir la situación futura a la que se desea llegar, pero ahora con una intervención objetiva y racional que permita tener alta probabilidad de éxito y por ende materializar un cambio en la conducta del victimario estableciendo el cumplimiento de objetivos específicos.

Lo que se plantea es que la imposición de la pena, en un marco de razonabilidad al ponderar y motivar la decisión, atendiendo a reglas y principios, acciones específicas al caso concreto para la reinserción social, mediante un análisis donde se identifique las características conductuales que han influido en la trasgresión de la conducta social y, no solo se centre en la imposición de penas, sino también en entender y abordar las causas subyacentes de la conducta delictiva, con el objetivo final de lograr una sociedad más justa y equitativa.

Este enfoque reconoce la complejidad de la conducta humana y la necesidad de respuestas judiciales que sean tanto punitivas como rehabilitadoras, buscando un equilibrio entre justicia, prevención del delito y respeto por los derechos humanos.

Conclusión

Este análisis ha transitado desde un apartado histórico-normativo, y se ha desarrollado de lo general a lo particular, no solo para que influya en la comprensión total de los elementos que conllevan a la progresividad del principio estudiado, sino con la intención de identificar los elementos del principio de proporcionalidad que guardan relación con el hecho antijurídico y con el grado de afectación al bien jurídico protegido, y por ello, se debe vincular el principio de racionalidad y proporcionalidad como metodología en el análisis cualitativo, racional y proporcional que determina y justifica la pena, para proteger que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia, se obstaculice el desarrollo de la investigación, y se ponga en riesgo a la víctima, además de que logre al terminar su pena, reincorporarse a la sociedad, lo anterior, configurado a la idea de justicia distributiva.

Para ello, las decisiones judiciales deben utilizar la racionalidad, lo que implica dar coherencia y sentido común, atendiendo a las reglas y los principios, buscando un derecho fundamental; que se materialice en un propósito; y, tenga una directriz, para responder de manera objetiva conforme al hecho y al derecho del caso concreto, y que la decisión está basada en premisas dadas y con argumentos razonables y no constituya una desviación de poder, pero que sobre todo dirija los recursos económicos e institucionales que son escasos en conseguir los fines propuestos.

El análisis causa-efecto permite auxiliar en la decisión del juzgador para identificar acciones complementarias a la pena que permita la viabilidad de la reinserción social, especialmente porque la decisión racional no se ciñe únicamente al apartado de justicia penal, cuya conducta delictiva termina siendo un problema público, es por ello, que como herramienta auxiliar el marco lógico construye razonamientos lógicos, en condiciones presentes que representan reacciones futuras, realizando los siguientes pasos 1. Plantear el problema. 2. Desagregar las causas y efectos y 3. Proponer un catálogo de alternativas y solución, y lograr con ello, la reconstrucción del tejido social, y escoger dentro de un catálogo de penas de acuerdo con las necesidades sociales y a la política criminal del momento, aquellas con mayor viabilidad de la resocialización del sentenciado y privilegiar las medidas aplicables.

Fuentes de información

BARNES, J., 1998. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. Cuadernos de Derecho Público [en línea]. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/509>.

BERNAL PULIDO, C., 2006. La racionalidad de la ponderación. Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año no 26, No 77, 2006, págs. 51-75, vol. 26, no. 77, pp. 51-75. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2233706>

CNPP. Código Nacional de Procedimientos Penales. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014 Última reforma 24 abril de 2023. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>

CONGRESO, C., 1917. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 febrero 1917. México: Congreso Constituyente.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 21 de enero de 1994, Caso Gangaram Pandey, Párrafo 47. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf

COTE-BARCO, G.E., 2008. Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. Vniversitas, vol. 116, no. julio-diciembre, pp. 119-151.

CPEUM. Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, 2019. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_201219.pdf.

DÍEZ GARGARI, R., 2012. Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. Cuestiones constitucionales [en línea], no. 26, pp. 69-106. [Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000100003&lng=es&nrm=iso&tlng=es

PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, D., GARCÉS PALACIO, M. y LUCÍA RESTREPO CAMILO OLAVE VERGARA, A., 2012. Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de derecho, universidad del Norte, vol. 38, no. julio-diciembre, pp. 142-171.

DOF, Diario Oficial de la federación, 1982. Decreto de reformas y adiciones. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_099_28dic82_ima.pdf

DOF, Diario Oficial de la federación, 1996. Decreto de reforma. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_135_03jul96_ima.pdf

DOF, Diario Oficial de la federación, 1999. Decreto de reforma. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_139_08mar99_ima.pdf

DOF, Diario Oficial de la federación, 2005. Decreto de reforma. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_164_09dic05_ima.pdf

DOF, Diario Oficial de la federación, 2005. Decreto de reforma. Poder Ejecutivo, Secretaría de gobernación. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf

MARTÍNEZ-VILLALBA, J.C.R., 2016. Alcance y límites del principio de proporcionalidad. Revista chilena de derecho, vol. 43, no. 1, pp. 283-309. DOI 10.4067/

S0718-34372016000100012. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100012&lng=n&nrm=iso&tlng=es

ONU, 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

ONU, 2016. Manual fue preparado para la Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito, (UNODC). Organización de las Naciones Unidas. Nueva York. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

ONU: ASAMBLEA GENERAL, 1976. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Organización de las Naciones Unidas Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 8, 1 y 25. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

ORTEGÓN, E., PACHECO, J.F. y PRIETO, A., 2015. Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas. Disponible en: www.cepal.org/es/suscripciones

PARLAMENTO EUROPEO, 2016. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2016. Artículo 49,3. Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/202/Z00389-00405.pdf>

RENTERÍA DÍAZ, A., 2017. Filosofía del Derecho. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.

RORTY, Richard. Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo. Verdad y progreso, 2000, vol. 1, p. 219-242.

SJF, Semanario Judicial de la Federación. 2007. Tesis 173072. 1a. CLXXXVII/2006 [en línea]. México: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Conocimientos científicos. Características que deben tener para que puedan ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de emitir su fallo. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/173072>

SJF, Semanario Judicial de la Federación. 2014b. Tesis 2007923, 1a. CCCLXXXV/2014 (10a.) [en línea]. México: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Igualdad y no discriminación. Funciones y consecuencias en el uso del principio de razonabilidad. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007923>

SJF, Semanario Judicial de la Federación. 2019. Tesis 2021134, Libro 72, noviembre de 2019, Tomo I, página 378. México: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Secuestro. El artículo 10, fracción ii, inciso a), de la ley general para prevenir y sancionar los delitos en esa materia no vulnera el principio de proporcionalidad de las penas. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021134>

SJF, Semanario Judicial de la Federación. 2020. Tesis 2022079, Libro 78, septiembre de 2020, Tomo II, página 967. México: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Principio de ponderación. Contenido y alcances en relación con los derechos fundamentales. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022079>



SOUSA OLIVA, J.D. y ARBESÚ VERDUZCO, L.I., 2018. Planificación gubernamental. Manual para elaborar planes de desarrollo. El Sótano. primera. México: Oxford University Press.

YENISSEY ROJAS, I., 2008. La proporcionalidad en las penas. Revista Jurídica, vol. 1, pp. 275-286