

Año 3, Número 4. Noviembre 2021

ISSN 2683-1805

---

# EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de  
Derecho



# EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de  
Derecho

latindex

**Revista EL CONSTITUYENTE**

*Revista Anual*

Editada por Investigaciones y Estudios Superiores de Querétaro, SC.  
Distribuida por la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro

***Editor responsable y contacto:***

Dr. Jorge Vargas Morgado. *Investigador de la propia facultad.*  
jorge.vargasm@anahuac.mx

Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Nombre expedido  
por el INDAUTOR número 04-2018-032217291400-102

Certificado de la licitud de título y contenido expedido por la Comisión  
Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas, número 17291.

Latindex Catálogo 2.0

Impreso en Printor Technology. Dirección: José Frontera No. 9 Col. Mercurio.  
C.P. 76040 Querétaro, Qro.

La opiniones, datos, fuentes y contenidos de los artículos publicados son entera y exclusiva responsabilidad de quien los ha escrito y se publican con entero respeto a la libertad de expresión y la libre investigación.

Prohibida la reproducción total o parcial de los artículos publicados o del diseño editorial. Se podrán hacer libremente citas académicas cubriendo la referencia correspondiente.

**UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO**

Rector

**Mtro. Luis Eduardo Alverde Montemayor**

Vicerrector Académico

**Mtro. Jaime Durán Lomelí**

Vicerrector de Administración y Finanzas

**Mtro. Pablo Galindo Vega**

Vicerrector de Formación Integral

**Dr. Ricardo Virués Macías**

Director de la Facultad de Derecho

**Lic. René Rentería Contreras**

**FACULTAD DE DERECHO  
CONSEJO EDITORIAL**

*CONSEJERO COORDINADOR*  
**DR. JORGE VARGAS MORGADO**

*CONSEJEROS*

*INTERNOS*

**DR. SALVADOR IGNACIO ESCOBAR VILLANUEVA**

**DR. BERNARDO GARCÍA CAMINO**

**DR. CARLOS IGNACIO MUÑOZ ROCHA**

**DR. ALOYS RÜTTER CASTRO**

*EXTERNOS*

**DRA. ERÉNDIRA SALGADO LEDESMA**

UNIVERSIDAD ANÁHUAC MÉXICO - UNAM

**DR. CARLOS BURGOA TOLEDO**

UNAM CIUDAD UNIVERSITARIA

**DR. FRANCISCO JAVIER COQUIS VELASCO**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM

*CONSEJEROS INTERNACIONALES*

**DR. SERGIO CADEMARTORI**

UNIVERSIDAD LA SALLE CANOAS, BRASIL

**DRA. GLADYS CAMACHO CEPEDA**

UNIVERSIDAD DE CHILE

**DR. ISAAC AUGUSTO DAMSKY**

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

**DR. JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ**

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

## ÍNDICE

<b>- ARTÍCULOS DE FONDO</b>	<b>Pág.</b>
· <b>Derecho urbano como una fuente principal en la justicia del derecho administrativo</b> <i>Nancy Nelly González Sanmiguel</i>	9
· <b>La ciberseguridad: la otra cara de la revolución digital</b> <i>Ariana Expósito Gázquez</i>	28
· <b>La vivienda en México como un derecho social de difícil alcance</b> <i>José Fernando Vázquez Avedillo y Agustín Guadalupe Vega Mata</i>	50
· <b>Reflexiones entorno a la equidad e igualdad de género</b> <i>Marina del Pilar Olmeda García y Victoria Carolina Machado González</i>	64
· <b>Kamala Harris y la silenciosa securitización de la migración</b> <i>Javier Ramírez Escamilla</i>	85
· <b>Consideraciones fundamentales sobre la naturaleza y régimen jurídico del reglamento</b> <i>Juan Carlos Benalcazar Guerrón</i>	102
· <b>Servicios públicos, situaciones disruptivas y regulación eficiente de la administración pública digital</b> <i>Vivian Cristina Lima López Valle</i>	114
· <b>Resiliencia urbana, una revisión crítica desde los derechos humanos</b> <i>Karla Elizabeth, Mariscal Ureta</i>	130
· <b>La abusividad en contratos de crédito referenciados al índice de referencia de los préstamos hipotecarios</b> <i>Paula Ortega Peral</i>	141
<hr/>	
<b>- ARTÍCULOS DE OPINIÓN</b>	
· <b>La crisis de la covid 19 y su impacto presente y futuro en el sistema internacional</b> <i>Juan Roberto Reyes Solís</i>	166
<hr/>	
<b>- PONENCIAS</b>	
· <b>Presente y futuro de los funcionarios públicos en Iberoamérica</b> <i>Alejandro Pérez Hualde</i>	176
· <b>Exámenes para catalizar el conocimiento</b> <i>Jorge Vargas Morgado</i>	184

## DERECHO URBANO COMO UNA FUENTE PRINCIPAL EN LA JUSTICIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### Autores

NANCY NELLY GONZÁLEZ SANMIGUEL \*

### Resumen

La Administración Pública ejerce el control referente a la planificación de los asentamientos humanos; se analizará la importancia del equilibrio de los factores que intervienen para un desarrollo efectivo, así como el impulso a las normatividades y reglamentos que sean necesarios para crear los progresos en el entorno hacia la digitalización y la sustentabilidad de los recursos naturales, económicos y humanos que se utilizan para la justa distribución y planificación de la ciudad, siendo de suma importancia observar los movimientos de las actividades económicas dentro del ordenamiento para la edificación de la urbanización.

**Palabras clave:** 1.- Factores; 2.-Urbanístico; 3.- Planificación Justa; 4.- Derecho Económico; 5.- Derecho Social

**Sumario:** I.-Introducción; II.-Inicios de Derecho Urbano; III.-Factores que influyen en los cambios de la urbanización; IV.- Concepto de lo Urbanístico; V.- La importancia de la Planificación Urbana Justa VI.- La relación del Derecho Económico con la Urbanización; VII.- El Derecho Social como una variable dentro del Derecho Urbano; VIII.-Conclusión; IX.- Bibliografía

### I. Introducción

La Administración Pública juega un papel muy importante dentro de la urbanización de los asentamientos humanos, ya que la misma tiene la tarea de influir en los factores sociales, económicos y culturales, cuidando el crecimiento de las actividades prioritarias para que se presente un desarrollo planificado que vaya acorde con las necesidades de la población, como se enfatiza esta actividad dentro de "la administración pública municipal esta particular es intensivamente referida a la prestación de la mayor parte de los servicios públicos que los particulares tienen

---

\*Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Colegio Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Fiscal y Finanzas Pública, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel candidato. Líder del Cuerpo Académico "Administración Pública y Derecho Financiero". <https://orcid.org/0000-0001-9589-2192>. Correo: nancygonsa09@hotmail.com

derecho a percibir,”<sup>1</sup> con respecto este tema se constituye el enfoque de la urbanización con los planes y programas a desarrollar para constituir el ordenamiento social de acuerdo a las normas y diseño de la construcción de los espacios.

En México, los procesos establecidos para urbanizar y crear progresos urbanos son la muestra de las diversas etapas de desarrollo de la actividad productiva del Estado, fomentado la distribución y el desarrollo de estos se dan hacia el crecimiento, yendo acorde, a su vez a los cambios de la sociedad.

Este tema es muy relevante debido a que una buena planificación urbana puede lograr un equilibrio coherente entre los factores, permitiendo por ejemplo el uso correcto de los recursos naturales que se encuentran en la región de la urbanización, logrando con ello no sólo mejorar la sustentabilidad del desarrollo urbano, sino la baja de costos, el incremento de recursos económicos, y en general una mejor planificación urbana.

En este trabajo se analizará lo *Urbanístico* para llegar a determinar qué es; cuales son las reglas y normas; Donde se encuentra su fundamento jurídico y cuáles son los principios que se debe seguir para que las actividades que se encuentren dentro del mismo ejerzan un crecimiento adecuado para que se desarrolle los núcleos para el desempeño de las actividades tanto recreativas como económica de la población.

Teniendo como una actividad fundamental del Estado, el fomentar el desarrollo de la población por medio de instrumentos adecuados para la distribución de las zonas urbanas, se han señalado como actividades esenciales de lo urbano, el correcto trazo dentro de la misma, así como conceptualizar las características del suelo para determinar los espacios acordes a los mismos y otorgar los permisos competentes para llevar a cabo las diferentes actividades comerciales, económicas, recreativas, etc.

Se puede visualizar que históricamente la importancia de la urbanización dentro del crecimiento de las ciudades se ha dado debido a la necesidad del cambio y de orden, y que sobre todo encuentra su origen en la Revolución Industrial, ya que a partir de ella se afianza la necesidad de que en las ciudades existieran lugares adecuados para la comercialización de los productos, provocando a larga el olvido del sector agrario, es decir, que el campo a pesar de ser de suma importancia, ya que de él se obtienen los productos básicos que permitan culminar las necesidades prioritarias del ser humano.

La concentración de población en las grandes urbes aunado a la migración del campo a la ciudad, llevó a la necesidad de ejercer un control, por medio de ordenamientos, para que no existiera una mala distribución de la tierra, cuidando con esto la protección y restauración de las áreas afectadas debido a la mala distribución de los asentamientos humanos.

La doctrina de derecho social, también influye dentro de los asentamientos humanos, pero es a través de los ordenamientos legales para el cuidado y la buena distribución del suelo que la

Administración Pública debe de establecer directamente las políticas públicas a seguir y, a través de la Secretaría de Desarrollo Urbano se otorgan los permisos adecuados para la construcción de los asentamientos humanos de conformidad a las necesidades y la posibilidad de las propias zonas urbanas.

Una de la problemática que surge a raíz de la consecuencia de la urbanización es la estructura que no se basa en la función de la dinámica de la sociedad actual y concebir esas prioridad en razón con el desenvolvimiento de la actividad económica y la integración con el uso de la tecnología y los conflictos que se presentan derivada a una expansión demográfica que fue desproporcional a la construcción de la urbe dejando marginado al campo por tal motivo se analizar la importancia, la vitalidad y la forma de organización de la urbanización para ejercer la justicia dentro de la distribución de los espacios y la determinar la importancia de la Administración Pública como su función de control de los asentamientos humanos.

Es de vital importancia analizar y entender las causas que hay detrás de las afectaciones positivas o negativas con respecto a la formula desarrollo social y desarrollo urbano, ya que ambas van de la mano en cuanto a cómo se ocupan los espacios, las actividades que se realizan en los mismos, y deben de adecuarse a las visiones sociales, incluyendo la globalización en tanto que, a partir de ella y del uso de redes electrónicas hemos llegado a nuevas formas de concebir el espacio y la construcción de este.

## II. Inicios del Derecho Urbano

La Administración pública abarca la actividad económica y a su vez los factores sociales que afectan al Estado, por lo que la misma tiene como tarea determinar cómo se va desarrollando el crecimiento de la población, y tiene dentro de sus labores la de dirigir el desarrollo de los centros urbanos o rurales, estableciendo las políticas públicas que ayudaran a cumplir con los objetivos plasmados en los planes de desarrollo estatal.

La Administración Pública fue desarrollando la planificación del crecimiento urbano, a la par de la expansión de sus funciones, por lo que en México, se vio el incremento de la urbanización, que se intensificó en la década de los 1930, en donde se dieron diversos cambios en torno a los lugares en los que se asentaron la producción, distribución, consumo de servicios o mercancías, la propia Administración debió de tomar un papel más protagónico en torno al desarrollo de las ciudades, fomentando con ello la industrialización que se vivió en nuestro país en dicha época.

Considerando que la Administración Pública determina los planes de desarrollo urbano en base al respecto se señala que

*“proceso administrativo mediante la cual se establece directrices, se definen estrategias y se seleccionan alternativas y cursos de acción, en función de objetivos y metas generales, económicas, sociales y políticas; tomando en consideración la disponibilidad de recursos reales y potenciales que permitan establecer un marco de referencia necesario para concretar programas y acciones específicos en un tiempo y espacio determinado.*

*La planeación se puede realizar de una manera global, sectorial, institucional o*

<sup>1</sup> Vargas Morgado, Jorge La conceptualización de la Administración Pública, Referida al Municipio en México, en Rendón Huerta Barrera, Teresita Coordinadora Derecho Municipal Multinacional, Porrúa, México, 2015, p.568

*regional, y su cobertura puede ser temporal, que comprende el corto, mediando y largo plazo; además, ésta se desarrolla a través de los planes”.*<sup>2</sup>

A partir de ese momento se intensificó la migración de los campos en ciudades, creando con ello nuevas problemáticas para el Estado, ya que la forma desigual en cuanto a la distribución de población, llevó por ejemplo, a una mala distribución de servicios públicos, al aumento de los costos de estos o a que ciertas poblaciones no contaran con los servicios básicos proporcionados por la Administración Pública.

### III. Factores que influyen en los cambios de la urbanización

La urbanización es un factor muy importante dentro de los elementos del Estado, ya que se constituye como una facultad a través de la cual el territorio se divide para dar paso a la formación de los Estados dentro del territorio nacional, siendo este un cambio por factores específicos tales como económicos, bursátil, financieros que puede influir en una desigualdad dentro de las condiciones de vida de los pobladores en los territorios, ahora bien esos problemas tiene que acarrear la solución a través del Estado por medio de la Administración Pública para dar una distribución adecuada a las actividades y servicios que le son encomendadas.

Dentro de los cambios que se vislumbra en la actualidad en torno a la urbanización, podemos encontrar aquellos en donde la tecnología pasa a ser un factor principal, por lo que cabe preguntarnos cómo va afectar la tecnología dentro de este proceso de urbanización y cómo el Estado puede influir en la regulación del mismo, ya que están cambiando los factores a los que se enfrentaba el Estado debido a la facilidad de la tecnológica y las propias afectaciones de la misma en las relaciones del ser humano, y de estos con la Administración Pública. Esto representa un cambio de los paradigmas, pues por ejemplo, en la actualidad podemos encontrar servicios que se están ofertando a través de las redes sociales y que el Estado no está regulando, siendo importante ya que hay una desventaja para aquellos que están dentro de la jurisdicción del control del Estado.

A raíz de estos cambios, se han modificado los espacios que se tienen para la prestación de servicios y la forma de cómo se están satisfaciendo nuestras necesidades y que, en muchas actividades, el Estado ya no tenga injerencia, es por eso que las estructuras está provocando crisis dentro de las relaciones del Estado con los ciudadanos, lo que ha llevado también a una transformación profunda por parte del Estado, en donde el mismo, debe de utilizar cada vez más tecnología, pues, para otorgar una concesión o licencia para ejercer ciertos tipos de servicios, se puede efectuar dichos proceso por medio de vía electrónica, como lo son las licitaciones por medio de un proceso electrónico, modernizado la actividad con la era electrónica, pero también, estos cambios no han sido completos, y nos quedan muchos retos, pues no existe un control hacia los procesos que se llevan, así ya que falta proporcionar la seguridad de que no puedan hackear

dichas licitación o que existan ciertos candados que realmente no permitan entrar a la información que el gobierno tiene a su disposición.

Los seres humanos al momento de reorganizar su forma de constituir sus actividades van cambiando la estructura de cómo el Derecho tiene que regular las mismas, es por eso que dentro de los primeros 40 años del siglo XX la manera de concebir era con base en los crecimientos de las ciudades, ya que aquí se privilegiaba la distribución de los productos agrícolas, a las ciudades, dándole mayor prioridad a dichos asentamientos olvidando que la base de la economía era este grupo primario del campo y no dando la importancia a este sector que se debería. Se puede constatar, que esta forma con el tiempo se tradujo en una nueva organización que protegió a las actividades primarias para poder regenerar una economía local y producir una economía sectorial fomentando el crecimiento regional dentro del Estado.

La forma de obtener los productos y la distribución de los mismos ha generado diferentes maneras de adquirirlos y se han construido mercados alternativos, ya que de otra manera el costo del producto que se venden dentro de las ciudades se encarecería, en ese sentido, se estima que dentro de la organización del Estado en los municipios se encuentran los lugares adecuados para que se constituyan los mercados, establecidos para la comercialización de dichos productos, ya que en primer lugar se les considera como los espacios en los que se puede comercializar de una manera directa con los distribuidores de productos con un costo más económicos, sin embargo, en la actualidad con el comercio digital podemos ver como se comercializan dichos productos primarios a través de los medios electrónicos presentando ventajas y desventajas en esta forma de comercializar.

Algunos de los problemas que pueden surgir de estos cambios son la falta de empleos, las situaciones que se presentan actualmente en la economía global y el cambio de paradigmas de la urbanización de las actividades económicas, por lo que se considerar la forma regular los mismos, ya que no debemos aferrarnos a lo conocido o resistirnos a las tendencias del mundo tecnológico, a la era de la economía globalizada y debemos enfrentar los conflictos que acarrea, pero aceptando y procurando un marco de referencia para regular este tipo de actividades.

### IV. Concepto de lo Urbanístico

Este término hace referencia a la formación de una estructura de la organización del espacio en el Estado, a la división de la zonas que se determina dentro del territorio; este tipo de organización data desde los primeros trazos realizados en el año 1522 con los cuales se constituían las zonas como agropecuarios, de uso habitación, comercial y existían aquellas que se le denominaba industriales, a través de los reglamentos se daba la designación de uso de la zona, hasta ahora, se mantiene esta forma en cómo se distribuye el espacio geográfico de los territorios.

La distribución de los territorios es un factor determinante para el crecimiento del país y el desarrollo del mismo, ya que una mala distribución acarrea problemas de vialidad, de prestación de servicios, ambientales, o de desorganización, por eso la importancia de establecer los lineamientos con base a una buena planificación tendiente a que la Administración Pública pueda realizar sus funciones.

<sup>2</sup> Coquis Velasco, Francisco Javier, Derecho urbanístico mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, p. 35 y 36

Siendo así, el derecho urbanístico se considera como “el conjunto sistemático de normas, instituciones y principios relativos a la racionalización, ordenación y conducción de la ciudad y a la solución de sus problemas”<sup>3</sup>, y el objetivo del mismo es regular el territorio para una buena planificación de este y determinar las modificaciones al mismo de una manera distribuida y ordenada para crear los núcleos de convivencia de las poblaciones.

La distribución de las ciudades para su desarrollo y determinación de los espacios que son considerados públicos, es una tarea competente para la Administración Pública, tomando en consideración la causa de una migración del campo hacia la ciudad se ve la necesidad de cómo esta debe de ordenarse para mantener la calidad de vida, considerando los factores tanto sociales como económicos de cada urbe.

Los anterior se ve reflejado en lo establecido dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 4, el cual menciona que “toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.”<sup>4</sup> Por lo que el Estado garantiza que dentro de sus facultades deberán señalarse los lugares en los cuales se puede constituir, materializando el derecho de obtener una vivienda con las condiciones necesarias para desarrollar un ambiente para la formación de una familia y que se puedan desenvolver e integrar en las actividades que corresponden para tener una vida digna.

Una cuestión primordial para el Estado, es dar esta satisfacción de acuerdo con los parámetros de un desarrollo sostenible dentro de la zona, siendo que se debe constituir en reglamentos el uso del suelo para asentar a la población y dependiendo de la infraestructura y la organización urbana se determine mediante la interacción con cuestiones de territorio, servicio de salud, transporte, servicios públicos para considerar el desarrollo de las áreas y no tener consecuencias por falta de una buena distribución.

Siendo así, que

*“el derecho a la vivienda es un derecho que los instrumentos jurídicos internacionales asigna lo mismo a la niñez que a las minorías, a los trabajadores que a los inmigrantes. Desde el punto de vista de su objeto, la posibilidad de contar con una vivienda digna es condición necesaria para poder disfrutar de otros derechos, empezando por el elemental de la dignidad humana, pero siguiendo también con los derechos de libre residencia, de tránsito, de seguridad jurídica, a la privacidad, a la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia, al medio ambiente adecuado, a la salud”<sup>5</sup>.*

El Derecho y a través de la política públicas el interés del Estado se debe manifestar en ejercer un control hacia un desarrollo sustentable para no generar un impacto ambiental y al mismo tiempo dar la prioridad de una constitución de una ciudad ordenada dentro de los planes y programas de desarrollo.

Una visión acerca de la planeación sería consolidar a través de un Sistema que se establezcan cuáles serán los principios y las directrices que se deben contemplar y a los grupos de sectores que participan para externar sus demandas y que las mismas sean consideradas dentro de los programas y planes esto es para evitar un crecimiento desigualdad de los factores que intervienen y así contar con los elementos y de una manera ordena y sistemática se logre un asentamiento de la población adecuado y la repartición de la tareas apropiada cada uno de los sectores para estar en conjunto dentro del crecimiento del Estado.

Respecto a la planeación se considera que es democrática debido a que se establece la forma de cómo se va a llevar a cabo la regulación y estableciendo cuáles serán los límites que tendrá el Poder Ejecutivo hacia los gobernados de una manera que los poderes que ya están constituidos respeten esa democratización externa dentro de las normas jurídicas. Es conveniente tener un control por parte del Ejecutivo, ya sea propiciando la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y proponer propuestas, pero de conformidad con las necesidades y los lineamientos consisten para la regulación de la tierra y para el control del ambiente sano del Estado a través de la Administración Pública, es quien deben de lograr configurar dichas cuestiones para señalar cuales son las directrices del camino a seguir en la urbanización del Estado.

Se consideran dentro del Derecho Urbanístico a “los instrumentos de ordenación territorial que determinen con precisión el emplazamiento de los centros de residencia del modo conveniente para la mejor distribución de la población, la formulación del trazado de las vías públicas y medios de comunicación”<sup>6</sup>, dando la pauta a través de ellos para la aplicación del conocimiento para la repartición de las áreas dentro de la planeación del Estado.

El Derecho Urbanístico tiene la función, que a través de la organización administrativa, se efectúe una planificación correcta de la zona urbana, señalando el uso del suelo y su clasificación para la utilización de este y, así la gestión de las cuestiones urbanísticas le compete a la Administración Pública para dar una protección y establecer el control del Estado, imponiendo en caso de no respetar la norma la sanción correspondiente.

La Planeación del Desarrollo dentro de México se lleva a cabo por las administraciones para llevar una distribución de una manera ordenada del crecimiento de la población logrando tener un crecimiento acorde a las necesidades de la población, es pues que:

*“entre los valores que el urbanismo afecta merecen citarse la igualdad, la seguridad, la justicia distributiva, la dignidad de la calidad de vida y la belleza de la ciudad. Entre los*

<sup>3</sup> Ruiz Massieu, José Francisco, Introducción al Derecho Mexicano, Derecho Urbanístico, UNAM; México, 1981, pág. 16-17

<sup>4</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4, Véase en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_241220.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_241220.pdf)

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada, Instituto de Investigación Jurídicas, t.1., México, Porrúa, 2004, p. 104

<sup>6</sup> Parada, R. Derecho administrativo, t. III, Bienes públicos, Derecho Urbanístico, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S.A., 2000, p. 506

<sup>7</sup> Ríos Álvarez, Lautaro, El Urbanismo y los Principios Fundamentales del Derecho Urbanístico, Ministerio para la Administraciones Públicas, Madrid, 1985, p. 166

*derechos, recordemos el de propiedad, la libre empresa, el derecho a la vivienda adecuada y a su entorno, el igual reparto de beneficios y cargas, el derecho de vista, el asoleamiento, el aire puro, a la tranquilidad; el acceso a la red vial y a la urbanización, el de circulación de esparcimiento, y un derecho que no está escrito en ningún código pero que está inscrito en el corazón de toda persona civilizada: el derecho al goce de la ciudad”<sup>7</sup>.*

Considerando que es importante que la Administración Pública esté a cargo de este concepto para señalar los límites y los derechos que gozamos por formar parte de un espacio geográfico dentro del tema se analiza la propiedad privada misma que se prevé dentro del artículo 27 Constitucional en lo referente a los asentamientos humanos que son de suma importancia para tener un cuidado con el equilibrio del ambiente y las modalidades que vayan fijando las leyes.

Teniendo en cuenta que la determinación de la propiedad privada se va ejerciendo con la determinación en las necesidades y las exigencias que la propia sociedad se va poniendo, es decir, su limitación se basa en lo señalado y en las restricciones de las leyes o reglamentos que señalan ciertas circunstancias que no se deben realizar dentro de algunos predios tales como ejecutar una construcción, gestionar y llevar estudio para formalizar la obra.

Las Modalidades que se desarrollan con base en la propiedad privada son aquellas que se determinan dentro de la planeación urbana siendo esto los instrumentos que ayudan a la Administración Pública para la distribución adecuada de la regulación del territorio.

Conocer los conceptos básicos ayuda a determinar que es la justicia que se aplica dentro de este tema por parte de la Administración Pública, siendo que por asentamientos humanos se considera la relación que se da entre el medio que nos rodea al constituir una población como un grupo social que requiere de la satisfacción de las necesidades que existen para llevar a cabo las actividades sociales y económicas.

Considerando a la zona urbanizada como aquella que cuenta con los servicios públicos que la administración proporciona, las zonas de reserva de expansión son aquellas que hacia un futuro se visualizan como una zona que se puede constituir como un centro de población girando un cambio de uso de suelo debido a que estas se considera como rurales pasaría a ser urbanas para otorgar el permiso correspondiente para su construcción.

Las zonas que se determina como áreas de prevención ya sea ecológica, riesgo o de mantenimiento para las actividades productivas son de suma importancia para tener un equilibrio con la naturaleza y así el beneficio de la misma sociedad de contar con dichas zonas, que son los pulmones para el aire fresco de la ciudades y equilibrio de la naturaleza con la relación de lo industrial.

El ordenamiento del territorio se lleva a cabo por la “política y técnica administrativa dirigida a lograr, a través de instrumentos de planteamiento vinculados a la planificación económica, o bien el desarrollo equilibrado de las economías regionales y la mejora en la calidad de vida y el medio ambiente, bien la fijación de prioridades de uso y actividades sobre el territorio.”<sup>8</sup> La relación que se lleva con la normatividad legal con la cual la estructura del comportamiento de la sociedad dentro de los asentamiento de los mismos, ejerce la pauta para dirigir la función y cual serán las facultades y competencia de la Administración para su control, regulación y lineamiento para una justa aplicación del Derecho.

El urbanismo fue considerado un tema fundamental para obtener una distribución ordenada dentro de los Estado y brindar una seguridad jurídica, se considera este tema de suma importancia dentro de la efectualización de los planes y programas que se basan en el desarrollo funcional del territorio, en cimiento a una distribución de las zonas así con la normatividad adecuada se va organizando la administración en función a las necesidades de dichas obras.

## V. La importancia de la Planificación Urbana Justa

Se vislumbra que los cambios de la distribución de la población en los sectores urbanos se dan debido a que existe una fuerte concentración en dichas poblaciones, en las cuales se refleja una desigualdad en la distribución del territorio referente a los espacios físicos en los que la población se asienta, y que afecta el desarrollo de la economía de dichos sectores.

La forma de constituir la organización de las ciudades está relacionada a la distribución del espacio demográfico del asentamiento de las poblaciones y esto, a su vez, da pauta a establecer las actividades económicas que fluyen dentro de esas comunidades y como se van desarrollando los factores económicos y sociales que van proyectando dentro de las comunidades.

La ordenación del suelo es fundamental para establecer un equilibrio dentro del sustentabilidad ambiental y por tal razón se considera el principio de integración establecido dentro de los objetivos del Tratado de Ámsterdam en su artículo 1 que dice:

*“a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente, y a desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos”<sup>9</sup>*

Se analiza que versa hacia la política ambiental teniendo como fin, considerando que la regulación del uso del suelo es un factor que hace la integración de los elementos dentro de los factores ambientales, sociales y económicos para lograr un bienestar dentro de los elementos.

A través de las políticas públicas consciente de una distribución justa y equilibrada dentro de los planes de desarrollo y la visión de estos en los programas se puede tener este ordenamiento estratégico y cumplir con las necesidades, teniendo retos que se va generado a través del cambio que estamos viviendo en la era hacia la digitalización y observar los daños que podemos causar al ambiente por la utilización de la tecnología, se considera que el “Plan Estratégico de Desarrollo Sostenible Integral es concebido como un documento básico de trabajo que permite a los responsables políticos adoptar en cada caso y momento las mejores decisiones, conociendo

<sup>8</sup> León de la Riva, La Ordenación del Territorio como Instrumento para el Desarrollo Sostenible” revista especializada “Ordenación del Territorio y Desarrollo Sostenible” coordinada por José Millaruelo Aparicio y Enrique Orduña Rebollo, Argentina, 2014, p. 17

<sup>9</sup> Unión Europea Tratado de Ámsterdam, 1997 Véase en: [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_of\\_amsterdam\\_es.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_es.pdf)

de antemano sus posibilidades, las acciones a ejecutar, la carga laboral asociada a las mismas, los presupuestos, las fuentes de financiación, el cronograma para su desarrollo, entre otros extremos.”<sup>10</sup> Con esta óptica se contemplan para la elaboración dentro de los objetivos para la construcción de una urbanización con razonamiento de ser y sustentable con el medio ambiente y el desarrollo de la dignificación del trabajo hacia el cambio de la utilización de la planeación y limitaciones del espacio digital, área que le compete al Estado configurar para dar ese control para nuestras actividades como ciudadanos.

Lo que consideramos, se deben enfocar a la utilización del suelo desde una perspectiva como un instrumento que regulariza el derecho a la ciudad, teniendo la contemplación de la Declaración de Quito sobre ciudades y asentamientos Humanos sostenibles que dentro de sus compromisos de transformación en pro del desarrollo urbano sostenible se manifiesta lo siguiente:

“Nos comprometemos a fomentar el desarrollo de marcos espaciales urbanos, incluidos los instrumentos de planificación y diseño urbanos que apoyan la ordenación y el uso sostenibles de los recursos naturales y la tierra, un nivel adecuado de compacidad y densidad, policentrismo y usos mixtos, mediante estrategias de relleno de espacios vacíos o de planificación de nuevas ampliaciones, según proceda, con el fin de impulsar las economías de escala y aglomeración, reforzar la planificación del sistema alimentario y aumentar la eficiencia en el uso de los recursos, la resiliencia urbana y la sostenibilidad ambiental.”<sup>11</sup>

Enlazar tanto las políticas públicas con el objetivo, es decir lograr la satisfacción dentro de un territorio y la movilidad acorde con las leyes y normatividades y la satisfacción de la sociedad del uso de la ciudad para realizar sus actividades, considerando el desarrollo a la par con la sustentabilidad ambiental y proteger los recursos ambientales, generar con esto un proceso congruente con las necesidades y acorde a las innovaciones y retos que se van planteado en el ámbito de la regulación territorial.

Es decir, se debe enfocar a necesidades actuales y con las visiones del uso de la tecnología que tenemos actualmente, debido a que las construcciones de nuestras ciudades opera a un margen de la estructura de la colonización y estos parámetros se tendrá que modificar hacia “los desarrollos tecnocientíficos de la era global, los valores socio culturales como construcciones sociales de los pueblos, se van no solo modificando, sino perdiendo, es importante que se trabaje en los elementos que rectorizan la conducta social de los miembros de una sociedad.”<sup>12</sup> siendo la tendencia actual de la expansión demográfica y los objetivos que deben dirimir en la actualidad con el reto del cambio de la globalización.

La Administración Pública tiene un nuevo reto dentro de este siglo que consiste en la una planeación y el derecho a la ciudad como ahora se establece estas “modificaciones conceptuales y perceptuales en la concepción del espacio, en donde el mismo se aleja de la mercantilización que el propio capitalismo le había asignado, y en donde toma relevancia el cómo se viven los espacios por sus habitantes fuera de la lógica del mercado”<sup>13</sup> la visión de girar hacia una composición de una estructura dentro del equilibrio de los factores de la producción de la actividad económica tendiente hacia la era de la digitalización y el cambio hacia la tendencia de la regulación de los espacios públicos hacia la transformación de la utilización de la electrónica y la sustentabilidad de los recursos ambientales.

La visión actual acerca del derecho a la ciudad es la regulación de los aspectos que vayan acorde con la estrategia y la existencia de las condiciones para el desarrollo de las actividades socioeconómicas sin afectar al medio ambiente, ni lo espacios determinados como áreas verdes para una zonificación correcta entre las viviendas y contexto de los espacios verdes, valorando esto a través de las políticas públicas que determinen las bases económicas y ambientales para llevar un contexto de uso racional de los elementos naturales con la actividad económica para la protección de las zonas y al mismo tiempo implementar una transformación urbanística competente a las objetivos y necesidades actuales.

Un reto que tenemos dentro de una justa planificación urbanística es considerar la revolución de la tecnología dentro de este ámbito estamos hablando acerca de las TICCAD siendo el uso de las Tecnologías de la Información, Comunicación, Conocimiento y Aprendizaje Digital dentro de la Administración para dar el paso hacia la digitalización, la implementación dentro de la organización afecta dentro de los procesos de áreas de espacios que puede definir un desarrollo sustentable, acorde a una nueva arquitectura estructural tendiente a fortificar la movilidad y la estrategia para desarrollar las ciudades con la expansión demográfica sin dejar de considerar prioritarias el desarrollo de la zona rural como la base de la constitución de nuestra fuente de recursos de nuestra canasta básica dentro del consumo y el equilibrio tendiente hacia la distribución de los espacios públicos.

Desde esta perspectiva dentro de este punto nos toca hablar de la regeneración urbana referente al espacio público teniendo como idea central esta perspectiva de una cohesión social y el punto de reunión o de convivencia dentro de las sociedades, en este siglo no solamente se refiere al aspecto físico sino también al virtual, para generar esta interacción de los ciudadanos dando importancia a los espacios que deben estar destinados a una integración, esparcimiento o áreas recreativas.

Considerando la importancia dentro de la construcción del derecho a la ciudad acorde con las zonas públicas y estos tendrán que contemplar una modificación hacia los espacios virtuales,

<sup>10</sup> Cuyás Palazón, Ma. Mercedes, Los Retos de la Planificación Estratégica En Alonso Ibáñez, María Rosario, coordinadora de Retos del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 153

<sup>11</sup> Nueva Agenda Urbana, Naciones Unidas, 2017, Véase en: <http://uploads.habitat3.org/hb3/NUA-Spanish.pdf>

<sup>12</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, Algunos efectos de la globalización en el derecho municipal mexicano, en Rendón Huerta Barrera, Teresita Coordinador Derecho Municipal Multinacional, Porrúa, México, 2015, p.540

<sup>13</sup> Lucho González, Guadalupe Friné, RECUPERAR LA CIUDAD: ESPACIO PÚBLICO Y DERECHO A LA CIUDAD, en González Sanmiguel, Nancy Nelly y Lucho González, Guadalupe Friné coordinadoras ACTUALIDAD DEL DERECHO ALA CIUDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ALCANCES DEUN DERECHO EMERGENTE, Tirant Lo Blanch, México, 2021, p. 79

no solamente pensar que dentro de estos espacios existan conectores para acceder a cargar nuestros dispositivos o tener acceso al wifi, sino considerar plataformas digitales que permitan la convivencia para la urbanización a través de espacios públicos para ejercer el trabajo en línea en lugares públicos tales como plazas públicas, es una nueva visión de como contemplar nuestra realidad actual.

También ejercer a través de las redes sociales esta conectividad para la participación de los ciudadanos en actividad en conjunto con la administración en pro o beneficios de la misma comunidad, concibiendo esto dentro de una distribución urbanística que vea no solamente el espacio físico sino hacia tendencia de una gobernanza de la ciudad hacia la tecnología considerando aquí un motor de un cambio de herramientas hacia los espacios virtuales e innovando la adaptación de la sociedad a través de espacios públicos virtuales.

La transformación de la digitalización se ha visualizado también dentro del área de lo urbanístico desde contemplar a través de la nube la constitución de las propiedades a quienes pertenece y tener un control acerca de los espacios físicos hasta visualizar de manera virtual espacio de esparcimiento o culturales a través de la tecnología, siendo así que se debe considerar como un elemento dentro de la planeación de las estrategias de la transformación de lo urbano y concebir que estamos dentro de la era de lo tecnológico y no considerar este elemento dentro de la distribución urbanística estaríamos dejando a lado la visión de este siglo, la cuestión hasta donde va constituir esta interacción con la virtualidad dentro del derecho a la ciudad.

La tendencia de la urbanización va cambiando hacia la sustentabilidad de tal manera que se han cambiado por medio de los instrumentos jurídicos que van señalando el razonamiento de la época y tendiente a las condiciones que se van mostrando que debemos combatir, en lugar de establecer medidas que mitiguen las acciones destinadas a estas actividades económicas, ahora como lo señalado anteriormente la era de la tecnología que estamos viendo no sabemos aún los vestigios que vaya a provocar a largo plazo a 50 años de esta interactividad hacia el medio ambiente, contemplando las convenciones anteriores, se describan aquellas que marcaron gran interés dar un cambio a las conductas de la actividad productiva de la sociedad.

En 1972 a través de la reunión en Estocolmo se analizó la manera de dar esa protección al medio ambiente a través de herramientas jurídica y dando pie al activismo ambiental para la construcción en relación con el tema a la urbanización y tocar los problemas de las política pública y girar hacia las metas de un interés de la colectividad, marcando aquí la era de los derechos humanos hacia un ambiente sano, para fundamentar el derecho a una vida dentro un bienestar en relación a la calidad del medio ambiente , en 1992 en la reunión de Río Janeiro dando pauta a establecer un desarrollo sustentable, girando esta concepción de Estocolmo para implementar el derecho humano hacia una condición de una vida que está relacionado con la sustentabilidad con los recursos naturales, comprometiendo aquí ya con la idea de respetar a estos para nosotros y para las siguiente generaciones implementado la importancia hacia el respeto del valor de los recursos ambientales y sobre todo por lo que se vela es la integración como lo que se ha logrado con el cambio de paradigma de los efectos de la producción económica.

En la Comunidad Europea han impulsado actividades que vayan acorde a un principio de integración en el derecho urbanístico y en América Latina con respecto a la urbanización se está impulsando la implementación de una agenda urbana que conciba las características de la urbanización con los factores sociales, económicos y urbanos, considerando la integración de estos dentro de una sustentabilidad hacia la materialización de la construcción de la sociedad y ejerciendo ese derecho a la ciudad.

Uno de los factores que se debe considerar dentro de la urbanización es económico y en base a este debe estar acorde con la realidad y las necesidades actuales de la sociedad para efectuar las actividades económicas y tendientes a este desarrollar los centros urbanos con lineamientos fáciles de seguir y coherentes para obtener una estructuración viable y factible con la producción la cual se va reflejando dentro de la productividad per cápita.

Siendo así dentro de la planificación de regulación del suelo, el impacto del valor del suelo que va generando dentro de los territorios en base a la accesibilidad de los recursos que cuenta para movilidad y los servicios que proporciona el lugar y la relación con el medio ambiente y las condiciones de calidad de la ubicación de dicho suelo.

La rentabilidad asequible para determinar un derecho a la ciudad es estructurar una planeación dentro del desarrollo urbano del uso de suelo y la determinación hacia la programación de estos para establecer las condiciones de las acciones de la productividad dentro de los mismos, sino habitaciones, negocios, agrícolas, zonas reservadas, zonas verdes, donde estos van adquiriendo diferentes valores de acuerdo con la estructuración y factores que estructuran el valor del suelo, entorno a un desarrollo sustentable dentro de la planificación de los espacios correspondientes.

## VI. La relación del Derecho Económico con la Urbanización

Las ciudades o zonas urbanas se fundaron a raíz de un causa económica, ya sea por la fertilidad del suelo o por que encontrar dentro del mismo ciertos recursos naturales tales como petróleo, oro, plata, minerales, generando la era de la comercialización a través de la actividad económica del Estado y constituyendo una de la causas que da el nacimiento del mismo, se ha evolucionado las actividades primarias a la etapa del comercio como una actividad importante para establecer las formaciones de las ciudades.

Vemos las cuestiones políticas para la constitución de las ciudades desde la concepción de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en la cual se observa el cambio de régimen acerca de la propiedad privada debido a que uno de los objetivos de la revolución era esa libertad de propiedad, ya que antes de esta era el jefe político quien tenía la detentación del territorio del campo, es decir contaba con la detentación de la propiedad, es por eso que se mira hacia el cambio por las injusticias que se vivieron, estableciendo una nueva forma de régimen acerca de la propiedad y es lo que determina en la actualidad lo que se conoce como propiedad privada.

Ejerciendo con este ordenamiento jurídico un control hacia los abusos de la posesión y tenencia de la tierra, es como se concibe un orden jurídico abocado a evitar la injusticia y dar una

redistribución de la tierra con base en una función social, que cuente con los elementos necesarios para llevar a cabo las actividades que permita desarrollarse como individuo.

Los asentamientos humanos se deben determinar, ya que la forma de cómo se permite el crecimiento de las ciudades afecta la distribución correcta, y se debe buscar evitar que surjan los cinturones de miseria que son aquellos que se encuentra cerca de las grandes urbes y que no cuenta con los servicios básicos para vivir, creando un problema para sus habitantes por las condiciones precarias y pudieron provocar problema de inseguridad, pero con una buena distribución y proporcionando la oportunidad de tener una vivienda digna podemos hacer frente a esta situaciones.

Un factor que causa un detrimento dentro de la planeación de las políticas públicas es la explosión demográfica que algún tiempo se vivió en México debido a que la disparidad del crecimiento, aumenta los problemas para urbanizar las ciudades y poder cumplir con los lineamientos, ahora tenemos que las construcciones de las casas en cuanto al tamaño de terreno y la edificación es más pequeño a diferencia de hace 20 años debido a esta situación, así como los factores de la determinación del valor de la misma varía conforme la zona donde se construya, siendo que si la casa son construidas por un organismo público teniendo como misión constituir o impulsar la integración de la calidad y patrimonio familiar, utilizando programas que facilite a las personas, que no cuenta con recursos suficientes la obtención de una vivienda, así como también se responsabilizan por la regulación de situaciones irregulares que se presente dentro de los terrenos. Sin embargo, se puede observar que al momento de realizar construcciones de vivienda para este sector no se proporciona para la realización de la misma los mejores materiales para la edificación de estas y las mejores formas para su edificación, sin contemplar el valor de la dignidad para la obtención de la vivienda.

El factor económico va influyendo en el contexto de tener centros urbanísticos más competitivos de obtención de recursos económicos y generar a la vez el planteamiento hacia las condiciones que van marcando la tendencia de una ciudad con una planificación acorde un alto financiamiento, ya que:

*“En medida de que vayan aumentando las necesidades de las ciudades se complica que se pueda ejercer el control del financiamiento, volvemos a decir que una regulación desordenada de los asentamientos humanos provoca que los egresos puedan ser mayor que los ingresos, mismos que desde un presupuesto tiene que empatar con los ingresos de dichas Administraciones Públicas, aconteciendo el problema que enfrentamos en el quién presta dichos servicios”<sup>14</sup>.*

Al respecto la Organización de las Naciones Unidas ha señalado que debe constituirte el factor económico dentro de la urbanización hacia una estrategia con un enfoque de integración de la ciudad con un plan de desarrollo que crea un valor dentro los parámetros de los derechos como individuos tenemos dentro de la ciudad y del campo, por eso se establecen “Patrones Urbanos para una economía ecológica”.

La urbanización es un factor determinante para una economía saludable dentro del desarrollo sustentable tanto para la comunidad como para el medio ambiente, la razón de trazar un plan de Desarrollo Urbano equivale a establecer un correcto presupuesto para realizar las actividades económicas para la satisfacciones con los gastos que son necesarios para el mismo, es decir que se adecuados, como establecer planes de coordinaciones en áreas que están continuas para la mayor efectividad en el gasto de los servicios públicos, la redistribución de las tareas y desde la perspectiva de la finanzas públicas determinar dicha responsabilidad de la gestión del gasto, así como establecer la estabilidad y facilidad de los costos de administración de los servicios.

La planificación del Desarrollo implica una administración que vaya acorde a las necesidades y que los gastos estén planificados en los servicios públicos así como aquellos gastos referente al saneamiento ambiental, de control de accidentes, conservación de la flora y fauna, esparcimiento en base de un control dentro de los ingresos que se perciben dentro de un ejercicio fiscal y esto ingresos desde el contexto municipal se adquiere a través del impuesto predial, de todos aquellos ingresos que se perciben cuestión inmobiliaria así como de transferencia gubernamental, hablando desde el aspecto municipal, debido a que el contexto de la determinación de los planes y programas para la estructuración de la ciudad le corresponde a nivel municipal.

En la forma actual de establecer la urbanización se observa factores tanto sociales, económicos como ambientales para estar acorde con las necesidades de la sociedad que conformamos, así mismo dando el gran auge en la cuestión del entorno ambiental, para el cuidado del mismo nace la preocupación en México de que el urbanismo vaya de la mano de esta para la preservación y restauración del medio ambiente que este dañando, para que el equilibrio ecológico juega un papel muy importante dentro de la relevancia para distribución del asentamiento humano.

Dentro de la Finanzas que la Administración Pública tiene que contemplar hacia la concepción de la regeneración de los espacios públicos y la manera de cómo se deberá de modificar los asentamientos humanos es hacia la tendencia de “los patrones en la economía del espacio urbano que descubrimos tienen profundas implicaciones sobre la resiliencia, la productividad de los recursos y la inversión en infraestructuras”<sup>15</sup> Este es un factor que eta marcando hacia la determinación de la inversión de la infraestructuras hacia un crecimiento idóneo y generar la modificación de los espacios públicos para dar una accesibilidad y utilizar o cambiar el destino de estos para llevar la factibilidad de las tendencias actuales, procurando siempre el objetivo final de la Administración Pública que la tendencia de la concentración adecuada de la población dentro de los espacios que están determinado y permitir que cuenta con los servicios públicos que se deben abastecer y provocar un equilibrio con la productividad de dicha comunidad y dar así una eficiencia de los recursos que se proporciona por el Estado, es aquí como el factor económica y social se entrelazan para desarrollar y concebir las ventajas de la regulación de los asentamientos humanos.

<sup>14</sup> González Sanmiguel, Nancy Nelly, Derecho a la ciudad y el ciudadano al medio ambiente: construcción de urbanizaciones ecológicas y sostenibles en González Sanmiguel, Nancy Nelly y Lucho González, Guadalupe Friné coordinadoras ACTUALIDAD DEL DERECHO A LA CIUDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ALCANCES DE UN DERECHO EMERGENTE, Tirant Lo Blanch, México, 2021, p. 64

## VII.- El Derecho Social como una variable dentro del Derecho Urbano

Hemos visto como a través de las décadas se han implementado diferentes mediadas con base en la dinámica social, es decir la sociedad es cambiante por lo tanto el derecho que lo regula tiene que amparar dichos cambios para estar acorde con los mismos debiendo contemplar los criterios tanto económicos como los sociales que esto a su vez van influyendo en las políticas públicas que se realizan a través de la Administración Pública. Es decir, los fenómenos sociales van influyendo en estos movimientos para establecer la estructura de la sociedad que se basan en nuevas formas del cambio.

Siendo de suma importancia los factores económicos debido a que el derecho tiene que regular las normativas tendientes a estos hechos para la regulación de la urbanización y así su vez ir acorde con las nuevas formas que están operando a través de los Estados.

El derecho urbanístico se entiende como el “proceso de ordenación del territorio y su transformación física a través de la urbanización y la edificación, objeto de la regulación potestades públicas muy claras, por lo tanto, como la de ordenar el conjunto del territorio, la urbanización y la intervención administrativa en el *ius aedificandi*, es decir, en el derecho del propietario de transformar el propio fundo mediante la construcción de edificaciones para vivienda, industria u otras finalidades.”<sup>15</sup>

Viendo que el proceso de la Administración Pública dentro de la urbanización comienza cuando las normas jurídicas cambian la forma de concebir la repartición de la propiedad es decir, los espacios públicos, y que los mismos se constituyeron para la edificación de los núcleos de asentamientos humanos, determinando la forma de expansión de lo mismo y hacia donde se tiene que distribuir los trazos del crecimiento y las vías de comunicación y transporte, siendo esto de suma importancia al contribuir con la calidad de vida.

El espacio físico se determina como elemento para la constitución del Estado, que se dimensiona a través de una planificación territorial que se avoca por medio de instrumentos que ayudan a coordinar la determinación del desarrollo con base en las necesidades y a las condiciones de los suelos del territorio, para que la Administración como órgano del Estado puede concebir la ordenación territorial.

Para basar los programas con base en la clasificación del suelo y determinar en qué le corresponde se deben determinar de acuerdo a la norma urbanísticas que determina la forma de desarrollo de los planes para distribución del territorio y tener de esta manera una planeación urbanística, es decir a través de estudios que nos proporcione la capacidad del terreno de la zonas para determinar a través de programas, estudios, normas, planes, las normas que se debe basar

la edificación de la construcción de la zonas de la distribución de los asentamientos humanos, es así como se tendrá una ordenación dentro de la edificación de las ciudades y campo y determinar los planes para reflejen la factibilidad del mismo.

## VII. Conclusión

La urbanización es un tema muy importante dentro de la Administración Pública, y para constituir una planificación integrada e ideal para el crecimiento de los grandes asentamientos humanos acorde a sus necesidades y con los elementos naturales volverlos a su favor para la construcción de estos.

En la era tecnología se ve la necesidad de modificación de los espacios virtuales, ya que también deben existir una construcción ordenada de los mismos y hacerlos parte de la estructura de la Administración para su facilitación dentro de estos los procesos para la necesarios para la población, tanto es así que ahora vivimos el cambio hacia la digitalización dentro de nuestras comunicaciones, procesos y forma de vivir hacia esta tendencia es la forma de cómo organizar nuestras actividades, sin explorar todavía los inconvenientes de esta revolución y los cambios que tenemos que realizar para estar al par de la globalización que va girando hacia etapa dentro de las sociedades.

Siendo una constante importante la regulación del uso del suelo para establecer por medio de normas la base y los principios en el crecimiento de los asentamientos humanos por parte de la Administración Pública, esta actividad se debe de llevar a través de sus órganos para ejercer una correcta distribución y aprovechar los espacios que cuenta para la planeación urbanística.

La participación de la sociedad dentro de los programas de la planificación otorga alternativas a la Administración, provocando desarrollar un proceso de justicia, como el que se estableció debido a la democratización de la planificación y equidad dentro de los criterios para sostener la planificación, así como las políticas públicas del desarrollo urbano.

A través de la justicia se puede observar que la planeación urbana se da con base en los diferentes espacios que se entrelazan para la convivencia tales como casa habitacional, residencia, edificios comerciales o residenciales, zonas marginadas y espacios públicos, determinando la delimitación para su funcionamiento, y produciendo esto una heterogeneidad a la sociedad, que tiene repercusión en la producción económica, aunque algunos consideran que esto da más bien el derecho que se tiene a pertenecer a una ciudad.

El alcance de la calidad de la vida, así como de la dignidad se basa en el espacio donde habitan y en la estabilidad que el Estado puede brindar a sus habitantes favoreciendo en todo tiempo esto a través de la políticas públicas y la capacidad de encaminar los problemas que se presenten en caso de un asentamiento irregular para su desarrollo, presentándose aquí la cuestión que si la ciudad puede ser justa desde el punto de vista hacia la colectividad o desde el punto de vista de la necesidad particular, esto es un punto que se debe examinar, para lograr entender hacia donde giran los principios que permiten tener una competitividad basada en la justicia de la Administración Pública.

<sup>15</sup> Salat, Serge, Bourdric Loeiz y Kamiya Marco, Fundamentos Económicos para la Urbanización Sostenibles, Estudio desde un Triple Enfoque, Planeamiento del Desarrollo de las Ciudades, Marco Legal y Financiación Municipal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 113

<sup>16</sup> Parada, Ramón Derecho Urbanístico, Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 2

## IX. Bibliografía

Carbonell, Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada, Instituto de Investigación Jurídicas, t.1., México, Porrúa, 2004.

Coquis Velasco, Francisco Javier, Derecho urbanístico mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

Cuyás Palazón, Ma. Mercedes, Los Retos de la Planificación Estratégica En Alonso Ibáñez, María Rosario coordinadora de Retos del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018,

González Sanmiguel, Nancy Nelly, Derecho a la ciudad y el ciudadano al medio ambiente: construcción de urbanizaciones ecológicas y sostenibles en González Sanmiguel, Nancy Nelly y Lucho González, Guadalupe Friné coordinadoras ACTUALIDAD DEL DERECHO A LA CIUDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ALCANCES DE UN DERECHO EMERGENTE, Tirant Lo Blanch, México, 2021

León dela Riva, La Ordenación del Territorio como Instrumento para el Desarrollo Sostenible” revista especializada “Ordenación del Territorio y Desarrollo Sostenible” coordinada por José Millaruelo Aparicio y Enrique Orduña Rebollo, Argentina, 2014.

Lucho González, Guadalupe Friné, RECUPERAR LA CIUDAD: ESPACIO PÚBLICO Y DERECHO A LA CIUDAD, en González Sanmiguel, Nancy Nelly y Lucho González, Guadalupe Friné en ACTUALIDAD DEL DERECHO A LA CIUDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ALCANCES DE UN DERECHO EMERGENTE, Tirant Lo Blanch, México, 2021.

Parada, R. Derecho administrativo, t. III, Bienes públicos, Derecho Urbanístico, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S.A., 2000.

Rendón Huerta Barrera, Teresita, Algunos efectos de la globalización en el derecho municipal mexicano, en Rendón Huerta Barrera, Teresita Coordinador Derecho Municipal Multinacional, Porrúa, México, 2015

Ríos Álvarez, Lautaro, El Urbanismo y los Principios Fundamentales del Derecho Urbanístico, Ministerio para la Administraciones Públicas, Madrid, 1985.

Ruiz Massieu, José Francisco, Introducción al Derecho Mexicano, Derecho Urbanístico, UNAM; México, 1981.

Salat, Serge, Bourdic Loeiz y Kamiya Marco, Fundamentos Económicos para la Urbanización Sostenibles, Estudio desde un Triple Enfoque, Planeamiento del Desarrollo de las Ciudades, Marco Legal y Financiación Municipal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Vargas Morgado, Jorge La conceptualización de la Administración Pública, Referida al Municipio en México, en Rendón Huerta Barrera, Teresita Coordinadora Derecho Municipal Multinacional, Porrúa, México, 2015.

## Documentos Web

Nueva Agenda Urbana, Naciones Unidas, 2017, Véase en: <http://uploads.habitat3.org/hb3/NUA-Spanish.pdf>

Unión Europea Tratado de Ámsterdam, 1997 Véase en: [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_of\\_amsterdam\\_es.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_es.pdf)

## Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4, Véase en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_241220.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_241220.pdf)

## LA CIBERSEGURIDAD: LA OTRA CARA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL<sup>1</sup>

### Autores

Ariana Expósito Gázquez<sup>2</sup>

### Resumen

La Revolución Internet ha cambiado el sentido de la evolución de la humanidad. El mundo virtual ha obligado a los Estados a adaptar sus ordenamientos jurídicos para abarcar la aplicación del Derecho en las relaciones que se gestan en el ciberespacio. Dentro del Derecho de Internet, destaca especialmente la actividad destinada a proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos; la cual representa una de las mayores preocupaciones globales. Así, la ciberseguridad se ha convertido en un vector estratégico para afrontar la Revolución Digital. Sin embargo, pese a la relevancia internacional, la normativa, planes y estrategias del ordenamiento jurídico español presentan deficiencias para garantizar de forma suficiente la preservación de los derechos y libertades de los ciudadanos.

**Palabras clave:** Derecho de Internet; ciberseguridad; ciberataque; servicio público; Revolución Digital.

**ABSTRACT:** *Internet has changed the direction of human evolution. The virtual world has forced States to adapt their legal systems to cover the application of the Law, in the relationships that develop in cyberspace. In this sense, in Internet Law, the activity aimed to protecting the rights and freedoms of citizen stands out and represents one of the greatest global concerns. Thus, cybersecurity has become a strategic vector for tackling the Digital Revolution. However, despite its international relevance, the regulations, plans and strategies of the Spanish legal system are deficient in terms of sufficiently guaranteeing the preservation of citizens' rights and freedoms.*

**Key words:** Internet Law; cybersecurity; cyber-attack; public service; Digital Revolution.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO DE INTERNET: LA CIBERSEGURIDAD COMO ELEMENTO ESTRATÉGICO EN EL DESARROLLO DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL. 1. Consideraciones

<sup>1</sup> Esta colaboración ha sido elaborada en el seno del Proyecto de Investigación DER2016-76053-R, del Ministerio de Universidades (España).

<sup>2</sup> Personal Investigador en Formación, en el Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho de la Universidad de Almería. Graduada en Derecho, Máster en "Abogacía" y Máster en "Derecho Agroalimentario y Actividad de la Empresa" por la Universidad de Almería. Miembro del Grupo de Investigación "Ciencia y Derecho Público en el S. XXI".

previas: el Derecho de Internet. 2. La ciberseguridad. 2.1. Concepto y caracteres. 2.2. Grupo normativo regulador. 2.2.1. La ciberseguridad en la Unión Europea. 2.2.2. El régimen jurídico de la ciberseguridad y el derecho a la seguridad digital en el ordenamiento español. III. HACIA UN SERVICIO PÚBLICO DE CIBERSEGURIDAD. 1. Los cambios en las necesidades de los ciudadanos. 2. El (hipotético) servicio público de ciberseguridad. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

### I. Introducción

Los investigadores del proyecto ARPANET<sup>3</sup> jamás podrían haber previsto las consecuencias que el descubrimiento de Internet tendría en el proceso evolutivo de la humanidad. Internet tenía como finalidad originaria convertirse en una alternativa de comunicación en el marco de un proyecto de defensa armamentística, pero este objetivo ha sido ampliamente rebasado. En este sentido, todos los sectores que configuran la sociedad han ido incorporando, de forma paulatina, el elemento electrónico en sus relaciones, adaptando su actividad a los servicios que posibilita el ciberespacio, y a las demandas sociales que este impulsa<sup>4</sup>. Hasta el punto de que, Internet ha pasado de comprenderse como un mero conjunto de redes conexas, que permiten el intercambio de información<sup>5</sup>, a entenderse como un modelo completo de colaboración e interacción social<sup>6</sup>.

De este modo, Internet representa el motor de una Revolución social<sup>7</sup>, que sumado a los avances que se están produciendo en otras áreas, están provocando la configuración de una nueva estructura de relaciones: la sociedad digital. Este modelo de organización social tiene a los datos como elemento principal de su construcción, tanto los que proceden de los ciudadanos y las empresas, como aquellos que se obtienen de las relaciones interadministrativas y de los ciudadanos con la Administración. En consecuencia, la sociedad digital obliga a recoger y organizar<sup>8</sup> una vasta cantidad de información (más conocida como *Big Data*<sup>9</sup>), de manera que sea capaz de dotar al

<sup>3</sup> Este es el nombre que originariamente recibe el proyecto de investigación que termina derivando en el descubrimiento de Internet, salvando las distancias con lo que significa en la actualidad la "red de redes".

<sup>4</sup> Vide Pérez Gálvez, Juan Francisco, Reflexiones en torno a la organización de los servicios sanitarios y el ejercicio profesional en la Unión Europea, en Pérez Gálvez, Juan Francisco y Barranco Vela, Rafael (Dir.), DERECHO Y SALUD EN LA UNIÓN EUROPEA, Granada, Comares, 2013, p. 205.

<sup>5</sup> Vide Abbate, Janet. INVESTING THE INTERNET (INSIDE TECHNOLOGY), Cambridge, The Mit Press, 1999, p. 78.

<sup>6</sup> Tal y como manifestó el Foro Económico Mundial en el año 2013, «Internet es el sistema adaptativo complejo más grande y de más rápida evolución en la Historia de la Humanidad».

<sup>7</sup> Vide Barrio Andrés, Moisés, DERECHO PÚBLICO E INTERNET: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN DE LA RED, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017, pp. 85 y ss.

<sup>8</sup> Vide Arellano Toledo, Wilma, "El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial", REVISTA GENERAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 50, 2019, p. 4.

<sup>9</sup> Vide Puyol Montero, Javier, APROXIMACIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA AL BIG DATA, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 79, «conjunto de tecnologías y procesos que están permitiendo capturar y almacenar cantidades masivas de datos de diversos orígenes y tipologías».

conjunto de datos de un valor superior o aptitud, para satisfacer las necesidades generales de los ciudadanos. Sin embargo, la conservación, análisis y tratamiento de esta información debe disponer de las garantías y recursos necesarios para preservar la integridad y la autenticidad de los datos. De lo contrario, si se utilizan datos que hayan sido sesgados o manipulados, se puede llegar a afirmar conclusiones erróneas, o adoptar decisiones sin fundamento.

En consecuencia, los Estados se han visto obligados a legislar para intentar limitar las amenazas y los riesgos propios del ciberespacio, asumiendo la ciberseguridad como su mejor aliada para afrontar los problemas del progreso tecnológico<sup>10</sup>. Sin embargo, los distintos ciberataques<sup>11</sup> que han sufrido las instituciones del Estado español ponen de relieve las deficiencias evidentes del sistema, no tanto por la regulación normativa que se ha desarrollado en esta materia, sino por la falta de recursos tecnológicos y de formación de los empleados públicos. De manera que el Estado debe incrementar su actividad y participación en materia de preservación de la ciberseguridad, puesto que, en caso contrario, cualquier problema de seguridad en los sistemas de funcionamiento como la red eléctrica, o el tratamiento de agua para el suministro de la población, puede conllevar un grave riesgo para la actividad convencional del Estado.

Huelga decir que, la manipulación de esta información no sólo puede tener graves consecuencias, creando una evidente posibilidad de que se derive una responsabilidad patrimonial por una gestión anormal de los servicios públicos, sino que está en juego el funcionamiento de todo el aparato burocrático. En consecuencia, este trabajo pretende analizar el régimen jurídico de la ciberseguridad en el ordenamiento español, evaluar las fortalezas y debilidades del sistema, y pensar posibles soluciones a las problemáticas que presentan.

## II. EL DERECHO DE INTERNET: La Ciberseguridad como Elemento Estratégico en el Desarrollo de la Revolución Digital

### 1. Consideraciones previas: el Derecho de Internet

El nacimiento libre y anárquico de Internet<sup>12</sup> se convirtió en el mayor obstáculo para que los Estados pudieran aplicar el Derecho<sup>13</sup>, en tanto en cuanto, a priori, al ciberespacio no le resultan aplicables limitaciones geográficas y, por tanto, tampoco las restricciones y limitaciones

soberanas<sup>14</sup>. Sin embargo, a medida que se afianza el servicio de Internet y se observa el potencial que ostenta para transformar las relaciones, estas teorías liberales son rápidamente superadas, y se aboga por el establecimiento de un régimen regulatorio del ciberespacio<sup>15</sup>. De este modo, los Gobiernos de todo el mundo se lanzaron a la batalla por intentar delimitar su estructura y regular los servicios que posibilita. El pretexto de su intromisión parecía estar justificado por la necesidad de establecer normas comunes sobre la arquitectura de la red y las reglas aplicables a los servicios que este presta, con el objetivo de facilitar su expansión internacional y la intensificación de las relaciones<sup>16</sup>. En este sentido, la actividad normativa de los Estados ha derivado en un complejo entramado jurídico en el que se entremezclan las distintas partes que configuran la red de redes: el Derecho de Internet<sup>17</sup>.

El modelo de gobernanza internacional que se encarga de regular los distintos estratos de Internet se denominado *multistakeholder*<sup>18</sup>. La característica principal de este sistema es la cooperación de los distintos grupos de interés, tales como el sector privado, la sociedad civil, los gobiernos, las academias y las comunidades técnicas, con la finalidad de encontrar soluciones a los problemas que experimenta su desarrollo, o alcanzar objetivos comunes de la sociedad

---

ella estaba la base para el desarrollo de la contestación y de una nueva contracultura, fuera de los convencionalismos y del orden jerarquizado de la política y de la sociedad. Un enteron, en fin, para la liberated».

<sup>13</sup> Vide Jhonson, David y Post, David, "Law and border: the rise of law in cyberspace", STANFORD LAW REVIEW, 48, 1996, pp. 1402 y ss.

<sup>14</sup> Vide Casanovas Romeu, Pompeu, Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos, en García Morales, M<sup>a</sup> Jesús, INTERNET Y PLURALISMO JURÍDICO: FORMAS EMERGENTES DE REGULACIÓN, Granada, Comares, 2003, pp. 10 y ss.

<sup>15</sup> Vide Barrio Andrés, Moisés, FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE INTERNET, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pp. 72-78.

<sup>16</sup> Vide Muñoz Machado, Santiago, LA REGULACIÓN DE LA RED. PODER Y DERECHO EN INTERNET, o.c., pp. 34-35: «Las normas han tenido siempre funciones que parecen incompatibles con el desorden y el descontrol. Tiene que ver más bien con un orden racional y habitualmente jerarquizado. Por consiguiente, puede adivinarse, sin esperar los desarrollos que luego se harán en este estudio, que el tipo de regulación posible en la Red, si existe alguno, tiene que ser tan variado y plural como lo es la propia estructura de aquella, compuesto de decisiones centralizadas, también fuertemente descentralizadas, públicas y privadas, con orígenes en diferentes puntos de la constelación de la Red y con contenidos tan múltiples como son los mensajes que circulan por las InfoVía».

<sup>17</sup> Vide Barrio Andrés, Moisés, MANUAL DE DERECHO DIGITAL, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 91: «una disciplina jurídica, que tiene sustantividad propia, debe dar respuesta a los problemas políticos, sociales, económicos y jurídicos que trae la Red, sus actores y las relaciones llevadas a cabo en su seno, los cuales requieren de un tratamiento legal específico, ya que los paradigmas legales tradicionales resultan notablemente insuficientes. El Ciberderecho parte del Derecho ya en vigor en los ordenamientos jurídicos, que adapta a las nuevas necesidades y, en la medida de lo necesario, va generando un nuevo Derecho»

<sup>18</sup> Vide Frías Barroso, Zoraida, Pérez Martínez, Jorge, Steck, Christoph, Gobernanza de Internet y derecho digitales, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás, y Piñar Mañas, José Luis (Dir.), SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 543-535.

---

<sup>10</sup> Vide Tasa Fuster, Vicenta, "Los desafíos de la cuarta revolución tecnológica e industrial en una sociedad periférica europea y sus consecuencias en la gobernanza política y la regulación legal. Con especial referencia a la Comunidad Valenciana", REVISTA GENERAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 50, 2019, p. 2; Vide Rey Ares, Lucía y otros, La 4ª revolución industrial: industria 4.0, en García Novoa, César y Santiago Iglesias, Diana (Coord.), 4ª REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA DIGITAL, Navarra, Aranzadi, 2018, p. 205.

<sup>11</sup> Vide Cañas, Jesús, "Ryuk el virus informático que ha devuelto al papel Ayuntamiento de Jerez", EL PAÍS DIGITAL, 4 de octubre de 2019; Vide Vega, Guillermo, "El principal sospechoso del ciberataque es el virus de secuestro informático Ryuk", EL PAÍS DIGITAL, 9 de marzo 2021.

<sup>12</sup> Vide Muñoz Machado, Santiago, LA REGULACIÓN DE LA RED. PODER Y DERECHO EN INTERNET, Madrid, Taurus, 2000, p. 35: «La red no sólo fue creado para el descontrol, sino que se desarrolló con entusiasmo por universitarios convencidos de que en

global. En consecuencia, dentro de este modelo se distingue: la gobernanza técnica donde destacan el ISOC (Internet Society), el IGF (Foro para la Gobernanza de Internet) y el PTI (Public Technical Identifiers); y la gobernanza social, instrumentalizada en el WCIT (World Conference on International Telecommunications) y la NETmundial<sup>19</sup>.

Mientras que, en el plano estatal, si atendemos a su naturaleza, Internet debe catalogarse como una modalidad de telecomunicación, en tanto que el servicio de Internet es una herramienta que facilita las relaciones, la comunicación y el intercambio de información entre personas. En consecuencia, en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, Internet adquiere en el ordenamiento jurídico español la condición de *“servicio de interés general que se presta en régimen de competencia”*<sup>20</sup>, en consonancia con el tratamiento que recibe en la normativa europea. El término implica el equilibrio entre un servicio de carácter económico y un servicio de interés general como consecuencia de su carácter esencial para el desarrollo de las relaciones<sup>21</sup>. Así, los operadores privados asumen un conjunto de obligaciones propias de los servicios públicos en su prestación, aún teniendo la consideración de servicio. Hasta el punto de que, si los operadores privados no cumplen con el régimen de sus obligaciones, la autoridad estatal competente podrá designar a uno o varios operadores para desarrollarla<sup>22</sup>.

Sin embargo, el Derecho de Internet no engloba exclusivamente el Derecho de las Telecomunicaciones, en tanto en cuanto, se estaría abordando una ínfima parte de lo que este realmente representa. De tal manera que, su régimen regulatorio está compuesto por distintos estratos que se encargan de delimitar las esferas que influyen en su desarrollo: el físico, el logístico y el de contenidos.

En primer lugar, el estrato físico engloba la propia red conexas, es decir, la estructura material que posibilita la conectividad o transmisión de 0-1 (el lenguaje que utiliza Internet) por la red de telecomunicaciones. Esta parcela engloba la normativa del Derecho de las Telecomunicaciones aplicables a esta herramienta.

En segundo lugar, el estrato lógico o interfaz que se encarga de la coordinación funcional entre la red y los distintos dispositivos. O, en otras palabras, el conjunto de software, protocolos de comunicación, u otras configuraciones técnicas, que permiten la transmisión, procesamiento y conversión de esos 0-1 a un lenguaje comprensible, gracias a las tecnologías de la información y la comunicación<sup>23</sup>.

Y, en tercer lugar, la diversidad de contenidos que ofrece Internet que incluye servicios tales como la World Wide Web, los portales, el correo electrónico, o las redes sociales, entre otros. Este es el estrato que cuenta con el régimen normativo más amplio, dado que tendrá que dar respuesta a todos los posibles problemas que la utilización de estos servicios pueda ocasionar. Así, dentro de este ámbito se incluiría el régimen jurídico de: los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico; la protección de la propiedad intelectual y los derechos morales en la red; la protección de los datos personales y no personales; la defensa de la libertad y la seguridad del individuo; y la ciberseguridad. Esta última es la que mayores quebraderos está generando a los Estados de todo el mundo, a medida que avanza la Revolución Digital<sup>24</sup>.

## 2. La Ciberseguridad

### 2.1. Concepto y caracteres

Con el término “ciberseguridad” se añan dos conceptos distintos: por un lado, el prefijo “ciber” que indica relación con las redes informáticas y, por tanto, vinculado con el medio virtual; y, por otro lado, seguridad, o protección. Así, cuando se hace referencia a la ciberseguridad (aunque esté término no esté recogido por la Real Academia Española) se apunta a la actividad de protección o salvaguarda de la información que circula a través de la red de redes. En consecuencia, la ciberseguridad hace referencia a todos los elementos de protección de las redes y sistemas de información que se encargan de preservar la integridad y la disponibilidad de los datos que circulan, o que se encuentran almacenados, en el ciberespacio. En idéntico sentido, ha sido definido por el Tribunal Constitucional quién determina que la ciberseguridad responde al *«conjunto de mecanismos dirigidos a la protección de las infraestructuras informáticas y de la información digital que albergan, fácilmente se infiere que, en tanto que dedicada a la seguridad de las tecnologías de la información, presenta un componente tuitivo que se proyecta específicamente sobre el concreto ámbito de la protección de las redes y sistemas de información que utilizan los ciudadanos, empresas y Administraciones Públicas»*<sup>25</sup>.

Sin embargo, el concepto de ciberseguridad debe evolucionar más allá del elemento tuitivo o de mera protección, en el que se centra la definición del Tribunal Constitucional, para abarcar otras actividades y caracteres en consonancia con el avance de las demandas sociales. Así, tal y como advierte la doctrina, la ciberseguridad aborda otros ejes de concreción como son: la anticipación frente a las amenazas que puedan quebrar la seguridad o la actividad normal; la coordinación de los recursos internos y externos para controlar las crisis, en el caso de que se produzca un quebranto de esos sistemas de protección; y la capacidad para adaptar la estrategia de defensa a la problemática que se presente, con el objetivo de restaurar en el menor tiempo posible la actividad convencional<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> Vide Barrio Andrés, Moisés, FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE INTERNET, o.c., p. 171.

<sup>20</sup> Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 2.

<sup>21</sup> Vide Carlón Ruiz, Matilde, Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás, DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES (Dir.), Madrid, Civitas, 2015, edición electrónica sin numerar.

<sup>22</sup> Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 4.6.

<sup>23</sup> Vide Fernández Muñoz, Ricardo, MARCO CONCEPTUAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS APLICADAS A LA EDUCACIÓN, España, Universidad de Castilla La Mancha, 2005, <http://www.uclm.es/profesorado/ricardo>.

<sup>24</sup> Vide Schwab, Klaus, LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL, Barcelona, Debate, 2016, p. 14.

<sup>25</sup> Vide STC 142/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 4.

<sup>26</sup> Vide Madrid, Daniel, “Anticipación, alineamiento y adaptabilidad, las tres herramientas de ciberseguridad de las organizaciones en tiempos de incertidumbre”, DIARIO LA LEY CIBERDERECHO, 40, 2020, pp. 3 y ss.

Huelga decir que debemos ser conscientes de que, a medida que aumenta el volumen de datos que se manejan, existen una mayor complejidad para proteger la información. De manera que, para construir la sociedad digital que se aspira, hay que garantizar que todo aparato tecnológico que se pueda conectar a la red sea inmune, o al menos cuente con la suficiente protección para enfrentarse a los riesgos propios del ciberespacio. De este modo, la tendencia es que los problemas de ciberseguridad vayan en aumento en los próximos años. Así, las tecnologías emergentes desafían los problemas de ciberseguridad del futuro, dado que implican la necesidad de establecer un sistema más eficaz frente a la protección de datos. Por ejemplo, es el caso del Internet de las Cosas, la inteligencia artificial o la robótica avanzada, los cuales presentan graves problemas para preservar la integridad de la materia prima con la que funcionan. De este modo, la ciberseguridad adquiere una relevante trascendencia para el desarrollo de las tecnologías de la Revolución Digital, puesto que sin un marco normativo que garantice su correcto funcionamiento y la protección de los sistemas informáticos, es imposible que la sociedad digital llegue a consolidarse.<sup>27</sup>

## 2.2. Grupo normativo regulador

### 2.2.1. La ciberseguridad en la Unión Europea

Los principios que rigen en el ciberespacio imposibilitan concebir una estrategia en materia de ciberseguridad de forma independiente y unitaria por los Estados. Por esta razón, la Unión Europea lleva años realizando grandes esfuerzos para propiciar una regulación común de la materia entre sus Estados miembros<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, de manera temprana, en el año 2004 se crea la Agencia de Seguridad de las Redes y de la Información de la Unión Europea (ENISA), cuya principal misión es encargarse del fomento y la cooperación entre los equipos de respuesta en caso de emergencia informática<sup>29</sup>. Además, junto a ENISA, hay que destacar la colaboración que ofrecen otros organismos como la Agencia de la Unión Europea para la formación Policial (CEPOL), la Oficina del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunidades Electrónicas (ORECE), la Agencia Europea la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), la Agencia Europea de Seguridad Aérea, y el Centro Europeo Contra el Terrorismo (ECTC). No obstante, el primer documento en materia de ciberseguridad se elabora en el año 2013 y lleva por título: *“Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: un ciberespacio abierto, seguro y protegido”*. La idea que se perseguía era crear un marco normativo de visión estratégica para garantizar la protección de la actividad desarrollada

en el ciberespacio, a partir de la configuración de un sistema de seguridad resiliente que permitiera la reducción de la delincuencia en la red, y la configuración de una política de ciberdefensa común, entre otros objetivos<sup>30</sup>.

Con posterioridad, se elabora la Directiva 2016/1148, de 6 de julio, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, el cual termina convirtiéndose en la norma base de la ciberseguridad<sup>31</sup>. Entre los objetivos de la directiva se encuentra la creación una estrategia de seguridad nacional de las redes y sistemas de información para todos los Estados miembros; la creación de un grupo de cooperación para facilitar colaboración estratégica en esta materia; la concreción una red específica para el tratamiento de incidentes de seguridad informática (CSIRT), la cual contribuyera al desarrollo de la confianza y seguridad de la red; y además, se encarga de establecer un conjunto de requisitos y obligaciones, tanto para los proveedores de los servicios de la sociedad de la información, como para los propios Estados miembros, en el caso de que se produzcan quiebras en los sistemas de seguridad<sup>32</sup>. Si bien es cierto que, a través de todos estos objetivos, la Unión Europea espera asentar las bases para desarrollar una mayor colaboración en materia de ciberdelincuencia, a la par que solventar los problemas de fragmentación normativa de los planes de ciberseguridad de los distintos Estados miembros<sup>33</sup>.

En consecuencia, esta directiva se convierte en la norma de referencia de los Estados miembros, sin perjuicio de que el Reglamento General de Protección de Datos, a pesar de no tener contenido específico en esta materia, hace algunas consideraciones generales en cuestiones de ciberseguridad. Por ejemplo, define cuándo se produce la quiebra de protección de datos, o el incumplimiento de las obligaciones generales en esta materia, como: *«toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos»*<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación (2013) 1, de 7 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro, Bruselas, pp. 2 y ss.

<sup>31</sup> Vide Borredá, Ana, “Directiva NIS: la oportunidad”, SEGURITECNIA, 2016, pp. 16-17: «La Directiva establece medidas con el objeto de lograr un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información dentro de la unión, a fin de mejorar el mercado interior. (...) Por ello, adopta obligaciones para todos los Estados miembros de adoptar una estrategia nacional de seguridad de las redes y sistemas de información»

<sup>32</sup> Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Directiva 2016/1148, de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, Estrasburgo, artículo 1.

<sup>33</sup> Vide BBVA RESEARCH, “La directiva de seguridad de las redes y de la información (NIS)”, SITUACIÓN DE ECONOMÍA DIGITAL, 2016, pp. 10 y ss.

<sup>34</sup> Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, Estrasburgo, artículo 4.12.

<sup>27</sup> Vide Martínez Martínez, Ricard, Inteligencia artificial, derecho y derechos fundamentales, en De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, Tomás, y Piñar Mañas, José Luis (Dir.), SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, p. 260.

<sup>28</sup> Vide Rebollo Delgado, Lucrecio y Zapatero Martín, Pilar (Dir.), Derecho a la seguridad digital, en DERECHOS DIGITALES, Madrid, Dykinson, 2019, p. 42.

<sup>29</sup> Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento 460/2014, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y la Información.

No obstante, en materia de ciberseguridad, el Reglamento 2019/881 de 17 de abril, relativo a ENISA y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación, por el que se ha derogado el reglamento anterior de 2013, ha ocupado un papel principal en la gestión y el tratamiento de los incidentes de ciberseguridad. Las principales novedades de este texto se encuentran en la asignación de mayores recursos y funciones a la Agencia de Ciberseguridad (ENISA), y el establecimiento de normas y esquemas europeos de certificación, a escala comunitaria, para garantizar un nivel adecuado de protección en los productos, servicios y procesos dentro de la UE. Además, junto a este, la UE se ha comprometido a la elaboración de un programa de trabajo evolutivo que se encarga de definir las principales estrategias en materia de certificación de ciberseguridad que incluiría, entre otros aspectos, la lista de productos, servicios y procesos que pudieran beneficiarse de su inclusión<sup>35</sup>. Y, por último, también incluye la regulación de la condición para la solicitud, adopción y revisión de esquemas europeos de certificación de la ciberseguridad, así como también, sus objetivos, elementos, niveles de garantía y de difusión<sup>36</sup>. El grado de cumplimiento de estos requisitos permite emitir a la autoridad competente certificados de ciberseguridad de escala básica, sustancial o elevada, lo que ayuda a proteger a los consumidores en sus relaciones y actividades virtuales<sup>37</sup>.

### **2.2.2. El régimen jurídico de la ciberseguridad y el derecho a la seguridad digital en el ordenamiento español**

Tal y como se viene señalando, la conexión a Internet de gran parte de las instituciones y servicios que presta el Estado ha obligado a establecer un régimen especial de protección en determinados sectores, cuyo carácter esencial es preservar el mantenimiento de la actividad institucional. Por esta razón, España, siguiendo las recomendaciones europeas, ha reforzado a través de sus políticas públicas el régimen de la ciberseguridad. No obstante, hay que partir de la base de que el Estado no tiene un presupuesto dedicado exclusivamente a la protección de ciberataques, lo que ha convertido a las distintas Administraciones en un objetivo fácil y rentable de hackear, dado que su falta de inversión presupuestaria las convierte en entornos vulnerables. Y, si a esto le sumamos la falta de formación adecuada de los empleados públicos, tenemos una administración altamente vulnerable ante estas amenazas.

En lo que se refiere al régimen jurídico de la ciberseguridad hay que distinguir entre: la regulación relativa a infraestructuras esenciales; la seguridad nacional y pública; y la estrategia general de ciberseguridad.

En primer lugar, en lo que atiene a la protección de infraestructuras esenciales, España ha identificado una serie de servicios, cuyo correcto funcionamiento es imprescindible para el normal desenvolvimiento de las relaciones. Estas infraestructuras esenciales están expuestas a amenazas de todo tipo, pero su conexión a la red las convierte en vulnerables frente a las ciberriesgos. Las debilidades que presenta el sistema han obligado a legislar para establecer medidas de protección y sistemas de coordinación entre las Administraciones Públicas y los distintos organismos encargados de la gestión de estos servicios. Dentro de la normativa aplicable a estas infraestructuras, hay que distinguir entre la relativa a las infraestructuras estratégicas y las críticas.

Las infraestructuras estratégicas son aquellas sobre las que descansa el funcionamiento de servicios esenciales, como puede ser el servidor de las Administraciones Públicas, el sector sanitario, o la red de telecomunicaciones. Mientras que las infraestructuras críticas son aquellas cuyo funcionamiento es indispensable para las relaciones sociales, y no permite soluciones alternativas. De manera que, cualquier perturbación de estas infraestructuras supondría un grave impacto en la sociedad. Por esta razón, su concreción se encuentra bajo secreto para garantizar su protección. Adicionalmente, el Estado ha configurado dos herramientas funcionales que se han convertido en figuras de referencia en esta materia: por un lado, el Catálogo de Infraestructuras Estratégicas; y, por otro lado, el Centro Nacional de Infraestructuras Críticas (CNPIC), cuya actividad ha sido completada por lo dispuesto en el Reglamento de protección de infraestructuras críticas<sup>38</sup>.

En segundo lugar, la seguridad nacional hace referencia a la acción del Estado dirigida a garantizar y proteger la libertad, los derechos y el bienestar de los ciudadanos, así como también de los valores constitucionales del país<sup>39</sup>. Las relaciones que se producen en el ciberespacio no están exentas de suponer una amenaza contra la paz del Estado. Así, a modo de ejemplo, los ciberincidentes más significativos que pueden poner en riesgo la seguridad nacional son las ciberguerras, el ciberespionaje, las actividades dirigidas a manipular a la población influenciándola en determinados pensamientos, o las actividades destinadas a obtener beneficios económicos ya sea mediante las técnicas de petición de rescate, de robo, o de fraude.

En este sentido, la Ley de Seguridad Nacional hace competente de la protección de estos bienes jurídicos a las principales instituciones del Estado, como son las Cortes Generales o el Gobierno, pero también, recae esta responsabilidad sobre las Comunidades Autónomas y las autoridades locales<sup>40</sup>. No obstante, junto a estos se crea un órgano específico que integra a todos los organismos, recursos y procedimientos competentes en esta materia: el Sistema de Seguridad Nacional<sup>41</sup>. Las funciones que se le encomiendan van desde evaluar los factores y situaciones que puedan afectar a la seguridad nacional; analizar la información para tomar las decisiones

<sup>35</sup> Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, Estrasburgo, artículo 47.

<sup>36</sup> Ibidem Artículo 50.

<sup>37</sup> Ibidem Considerando 84.

<sup>38</sup> Vide Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas.

<sup>39</sup> Vide Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, artículo 3.

<sup>40</sup> Ibidem Artículo 12.

necesarias para dirigir y coordinar las respuestas ante las situaciones de crisis; o proporcionar medidas sobre planificación y coordinación de la seguridad nacional<sup>42</sup>.

Además, junto a esta norma se ha aprobado el Real Decreto-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información que incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo. Los objetivos de esta norma reiteran lo establecido en la directiva comunitaria, puesto que se dedica a establecer el régimen de seguridad de las redes y sistemas de información que se utilizan para la provisión de servicios esenciales y digitales<sup>43</sup>; crea un sistema de notificación de incidentes<sup>44</sup>; y diseña un marco estratégico de seguridad de las redes y los sistemas de información. Si bien es cierto que desde la incorporación de esta normativa han sido numerosos los incidentes de gran riesgo que han sucedido en nuestro país<sup>45</sup>, en su mayoría promovidos por terceros países para la obtención de datos o información clasificada para su posterior difusión en la *darknet*<sup>46</sup>. Por lo general, la técnica más utilizada es el phishing o el ransomware, puesto que ataca las principales vulnerabilidades del sistema como son la falta de cuidado de los empleados, los controles de seguridad desfasados, los accesos externos al sistema, y el uso de la nube para guardar la información<sup>47</sup>. Sin embargo, a los medios de comunicación no trasciende cuáles son las concretas infraestructuras críticas que se han puesto de riesgo, para preservar y evitar nuevos ataques.

El marco jurídico de protección de la seguridad nacional quedaría completado con la Estrategia de Seguridad Nacional. Esta es un buen indicador de la importancia que se otorga, dentro de las políticas públicas, a la protección de la seguridad en la red. En este sentido, la Estrategia de Seguridad Nacional se compromete a alcanzar cinco objetivos generales relacionados con la ciberseguridad: desarrollar el modelo integral de gestión de crisis; promover una cultura de “seguridad nacional entre la población”; favorecer el buen uso de los espacios comunes globales; impulsar la dimensión de seguridad en el desarrollo tecnológico; y fortalecer la proyección internacional de España<sup>48</sup>. Además, se establece una meta concreta para enfrentarse a la amenaza que la vulnerabilidad del ciberespacio supone para la seguridad nacional, especialmente derivada de la dependencia de las Administraciones Públicas de las nuevas tecnologías, en concreto se insta a «reforzar las

*capacidades de prevención, detección, reacción, análisis, recuperación, respuesta e investigación frente a las ciberamenazas, así como potenciar la coordinación en los niveles técnico y estratégico del Sistema de Seguridad Nacional en el ámbito de la ciberseguridad*»<sup>49</sup>.

En consecuencia, la importancia que ha adquirido la protección de la ciberseguridad ha llevado a configurar una Estrategia Nacional destinada exclusivamente a tratar estos problemas. Así, en tercer lugar, en lo que se refiere a la normativa específica de ciberseguridad, es la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019 la que intenta dar respuesta a los crecientes problemas de inestabilidad que provoca el ciberespacio en las instituciones del Estado. En este documento se reconoce que cada vez las amenazas son más sofisticadas y complejas, y para enfrentarse a esta problemática, no ayuda tener un marco jurídico débil que impide la demarcación de comisión de actos delictivos<sup>50</sup>. Las ciberamenazas<sup>51</sup> deben entenderse como cualquier alteración de los elementos tecnológicos que imposibilite un funcionamiento normal, o la realización de las actividades que tiene encomendadas, atentando contra la seguridad. Sin embargo, con un concepto tan general, las ciberamenazas abarcan diversidad de acciones, puesto que se pueden identificar con cualquier actuación que ponga en riesgo la seguridad de los sistemas de funcionamiento. Por ello, más que definir las por el elemento objetivo, lo que interesa es la intención que debe subyacer para provocar el daño. En caso contrario, todos los usuarios de la red podrían considerarse potenciales amenazas para el correcto funcionamiento del sistema, en tanto en cuanto cualquier incidente, malintencionado o no, puede suponer un riesgo para el sistema.

Los principales métodos de ataque que se pueden señalar son los softwares de ciberespionaje; el ransomware; el phishing o suplantación de identidad; el spamming; el código dañino; exploits Kits; malversitising o publicidad dañina; los ataques a la web; la manipulación del Internet de las Cosas; los ataques de denegación de servicio; o la utilización de la vulnerabilidad del hardware mediante instrumentos como Spectre, Meltdown, y Glitch<sup>52</sup>. Y, de igual manera, estos no tienen una única motivación o finalidad, sino que estas pueden ser de lo más diversas como: encargos privados para robar datos; hacer ostentación de la propia capacidad tecnológica del hacker; una forma de resolver controversias entre Estados; para pedir un rescate económico o de favores por la información; o ataques políticos o geopolíticos. La parte positiva es que contra estas herramientas de ataque se han generado otras de defensa como son los bloqueos pop-up, antispam, anti-espía, o plugging de seguridad<sup>53</sup>.

<sup>41</sup> Ibidem Artículo 18.

<sup>42</sup> Vide Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, artículo 19.

<sup>43</sup> Vide Real Decreto-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, artículo 16.

<sup>44</sup> Ibidem Artículo 19.

<sup>45</sup> De los 800 operadores de infraestructuras críticas, alrededor de 700 sufrieron incidentes de seguridad en el año 2019.

<sup>46</sup> Vide Fernández Hernández, Carlos, “Notificaciones de ciberataques a operadores de servicios esenciales: lecciones prácticas de las primeras experiencias”, DIARIO LA LEY CIBERDERECHO, 30, 2019, p. 2.

<sup>47</sup> Vide Fernández Hernández, Carlos, “Nueve de cada diez empresas no cuentan con el presupuesto necesario para protegerse de ciberataques”, DIARIO LA LEY CIBERDERECHO, 26, 2019, p. 2.

<sup>48</sup> Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido de todos y para todos, Madrid, 2017, pp. 83 y ss.

<sup>49</sup> Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido de todos y para todos, Madrid, 2017, p. 99.

<sup>50</sup> Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia Nacional de ciberseguridad, Madrid, 2019, p. 5

<sup>51</sup> Ibidem p. 23: «aquellas disrupciones o manipulaciones maliciosas que afectan a elementos tecnológicos. Abarcan un amplio abanico de acciones. Las ciberamenazas se caracterizan por su diversidad tanto en lo que concierne a capacidad como a motivaciones. Afectan a la práctica totalidad de los ámbitos de la Seguridad Nacional, como son la Defensa Nacional, la seguridad económica o la protección de las infraestructuras críticas, entre otros, y no distinguen fronteras».

<sup>52</sup> Vide Rebollo Delgado, Lucrecio y Zapatero Martín, Pilar (Dir.), “Derecho a la seguridad digital”, en DERECHOS DIGITALES, o.c., pp. 57 y ss.

De este modo, a consecuencia de la variedad de los ataques que pueden producirse, tan importante resulta configurar un marco normativo coherente, como que sea resiliente y capaz de adaptarse a la versatilidad de los problemas que pueden plantearse. En este sentido, la Estrategia Nacional de Ciberseguridad<sup>54</sup> se caracteriza por su predominante carácter internacional, colaborando activamente con la Unión Europea, y especialmente con ENISA. Además, es una estrategia inclusiva que promueve la colaboración público-privada, y que se estructura de forma integrada, incorporando una organización horizontal y vertical. A la par, la elección de una estrategia ciberseguridad, en lugar de una norma más rígida, permite su flexibilización y adaptación a la materia que se pretende legislar<sup>55</sup>.

El régimen jurídico es completado con la creación de la Comisión Permanente de Ciberseguridad que facilita la coordinación interministerial entre los distintos ámbitos competentes en esta materia. La comisión está presidida por el Departamento de Seguridad Nacional y la componen los organismos representados en el Consejo Nacional de Ciberseguridad con responsabilidades operativas. Y, además, se crea el Foro Nacional de Ciberseguridad que actúa para potenciar las uniones entre el ámbito público y privado para pensar sobre las oportunidades, pero también sobre los desafíos y amenazas que supone el ciberespacio<sup>56</sup>. Sin perder de vista las recomendaciones generales que se desarrollan en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, en tanto que, siguiendo las recomendaciones comunitarias, marca las directrices en materia de protección de los datos personales y de las garantías en su tratamiento.

En consecuencia, el régimen jurídico vigente en el ámbito del Sector Público, en el ámbito de reacción frente a los ataques cibernéticos destacan: la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; el Real Decreto 421/2004, de 12 de mayo, por el que se regula el Centro Criptológico Nacional; el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, para las entidades del Sector Público de su ámbito de aplicación; Real Decreto 951/2018, de 23 de octubre, de modificación del Real Decreto, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica; Real Decreto 43/2021, de 26 de enero por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información; la instrucción técnica de

seguridad de notificaciones de incidentes de seguridad, de 18 de abril de 2018; y la Guía Nacional de notificaciones y gestión de incidentes de ciberseguridad<sup>57</sup>. Estas marcan las directrices sobre cómo deben actuar las Administraciones en caso de que se produzca un incidente que ponga en riesgo su funcionamiento o la protección de los datos que tratan.

Junto al régimen jurídico descrito, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPD), ha configurado un derecho específico en esta materia. En este sentido, el artículo 82 de la LOPD señala que:

*«Los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de Internet. Los proveedores de servicios de Internet informarán a los usuarios de sus derechos».*

El contenido del derecho a la seguridad digital puede ser interpretado desde dos derechos constitucionales distintos: por un lado, a la luz de la protección del secreto de las comunicaciones, encuadrado en el artículo 18.3 CE; y, por otro lado, bajo el prisma de la configuración del derecho de protección de la ciberseguridad, a partir de lo dispuesto en los artículos 17 y 18.4 CE.

En primer lugar, la protección del secreto de las telecomunicaciones está consagrada en la Constitución en el artículo 18.3<sup>58</sup>, el cual se encarga de proteger la reserva de las comunicaciones frente al conocimiento o interceptación por terceros. La doctrina entiende que este precepto tiene la finalidad de proteger *«el carácter inviolable de toda comunicación de la que pueda inferirse voluntad de reserva entre los sujetos de la relación comunicativa, excluyendo a terceros»*<sup>59</sup>. En sentido estricto, lo que permite Internet es la circulación de 1-0 a través de la red de telecomunicaciones, en tanto en cuanto su naturaleza jurídica, en esencia, debe dirimirse a un *“servicio de interés general que se presta en régimen de competencia”*<sup>60</sup>.

En consecuencia, el derecho a la seguridad digital genera una serie de obligaciones para los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En este sentido, la información que circula a través de la red de redes debe gozar de la protección suficiente para que no sea interceptada, manipulada o recibida por un usuario distinto del receptor, garantizando que ningún sujeto no autorizado pueda acceder al contenido de esa información. A la vez, se generan un conjunto de obligaciones frente al Estado que debe garantizar el carácter neutral de la red, y la imposibilidad de intromisión legítima sobre el secreto de las comunicaciones que coloquialmente se ha denominado por la doctrina como velos y vallas<sup>61</sup>.

<sup>53</sup> Vide Fernández Rodríguez, José Julio, Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta, en García Novoa, César y Santiago Iglesias, Diana, 4ª REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA DIGITAL, Navarra, Aranzadi, 2018, pp. 58-60.

<sup>54</sup> Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia Nacional de ciberseguridad, Madrid, 2019, pp. 34-40.

<sup>55</sup> Vide Fernández Hernández, Carlos, “Reforzar nuestra capacidad de respuesta ante un ciberataque, implementar una cultura de la seguridad e impulsar a la industria nacional, objetivos de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad”, DIARIO LA LEY CIBERDERECHO, 30, 2019, pp. 2 y ss.

<sup>56</sup> Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia Nacional de ciberseguridad, Madrid, 2019, pp. 63-64.

<sup>57</sup> Vide CONSEJO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD, “Guía nacional de notificación y gestión de ciberincidentes”, 21 de febrero de 2020.

<sup>58</sup> Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 18.3: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

<sup>59</sup> Vide Balaguer Callejón, Francisco, MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Madrid, Tecnos, 2019, p. 197.

<sup>60</sup> Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 2.

<sup>61</sup> Vide García Mexía, Pablo, El derecho de acceso a Internet, en De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo y Piñar Mañas, José Luis, SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO, o.c., pp. 397 y ss.

En segundo lugar, se encontraría la interpretación del derecho a la seguridad digital, relacionado con la ciberseguridad. Este derecho supondría una parcela más concreta de la seguridad que se garantiza en el artículo 17.1 CE<sup>62</sup>. En este sentido, tal y como advierte el Tribunal Constitucional:

*«la seguridad pública engloba, entre otros extremos, las situaciones o productos que son susceptibles de ocasionar graves riesgos para las personas y bienes, lo que exige la adopción de medidas de especial intensidad», y de igual manera, «la regulación de materias concretas susceptibles de originar riesgos ciertos que puedan afectar de modo directo y grave a la seguridad de las personas y bienes, tomando en consideración, especialmente, fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana»<sup>63</sup>.*

De este modo, la seguridad del país engloba distintos aspectos que van desde el económico financiero, el energético, el sanitario, el orden público, e inclusive, el ciberespacio. Pero, además, el contenido del derecho a la seguridad digital puede ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 18.4 CE, el cual prevé *«la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»*. En este sentido, haciendo una interpretación extensiva del concepto de “informática”, abarcando un mundo completamente nuevo, el Derecho debe intervenir para limitar la actividad de los usuarios con la finalidad de preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Por tanto, del contenido de este artículo se puede extraer un ámbito de aplicación más amplio que vendría a reconocer el derecho a la protección del ciberespacio, o ciberseguridad. De este modo, como afirma la doctrina:

*«La seguridad de Internet implica, sin duda, a los poderes públicos que deben actuar para preservar este derecho frente a las amenazas crecientes que operan más allá de acciones indebidas de carácter limitado, pero concierne particularmente a los proveedores de servicios a los que resultará exigible la máxima diligencia en preservar este mandato y facilitar a los usuarios la información necesaria para el ejercicio de sus derechos»<sup>64</sup>.*

Así, el elemento objetivo de este derecho, o concreta prestación, implicará la actividad de protección o de salvaguarda de la información que circula a través del ciberespacio. De manera que este englobaría todos los elementos de protección de las redes y sistemas de información que se encargan de preservar la integridad y la disponibilidad de los datos que circulan, o que se encuentran almacenados en el medio virtual. Sin embargo, la norma no ha provisto de mayores precisiones sobre cómo se va a garantizar la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos en

el ciberespacio, puesto que, a pesar de haber reforzado el régimen jurídico, especialmente en materia sancionadora administrativa<sup>65</sup> y penal<sup>66</sup>, no existen otras consideraciones. El legislador español se ha acostumbrado a generar normas que no cuentan con el suficiente respaldo económico para garantizar su cumplimiento. Así, se procrastina el cumplimiento de la normativa a que se produzcan decisiones políticas que decidan dotarlo de un presupuesto adecuado. Y, así es imposible garantizar un derecho a la seguridad digital en consonancia con las necesidades propias de la sociedad digital.

### III. Hacia un servicio público de ciberseguridad

#### 1. Los cambios en las necesidades de los ciudadanos

Los problemas de ciberseguridad se están consolidando como una amenaza permanente contra los derechos y libertades, y la seguridad de las instituciones del Estado. Por ejemplo, durante la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, han sido varios los hospitales y centros de salud que, convertidos en entornos vulnerables, han sufrido distintos ciberataques. Sin duda, la finalidad era recabar información sobre las investigaciones y avances para la consecución de la vacuna contra la COVID-19<sup>67</sup>. No obstante, no solamente han sido instituciones públicas las que han sufrido los efectos de los ciberataques, sino que la población al incrementar su actividad en la red, también se ha convertido en objetivo de los hackers<sup>68</sup>. La idea que no se puede perder de referencia es que la magnitud de estos problemas irá en aumento, tanto porque en el futuro se incrementarán el número de amenazas, como de aparatos conectados a la red.

En este sentido, si se analizan las causas del régimen jurídico actual que están propiciando este aumento de los problemas de ciberseguridad, encontramos que hay distintas motivaciones. Por un lado, la fragmentación en diversidad de normas de la protección del ciberespacio supone un problema para dispensar un tratamiento homogéneo de la cuestión, de manera que ayude a solventar los vacíos legales que plantean las nuevas tecnologías<sup>69</sup>. Y, por otro lado, hay un régimen jurídico repleto de duplicidades (sobre todo entre la normativa comunitaria y estatal), problemas de coordinación entre las distintas instituciones competentes, y lagunas jurídicas que necesitan un marco de protección de referencia, especialmente, en materia de identidad digital y su correlación con la persona física.

<sup>65</sup> Vide Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana,

<sup>66</sup> Vide Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 197. 1 bis.

<sup>67</sup> Vide INISEQ, “Ciberataque y ciberespionaje contra el sector sanitario”, CIBERSEGURIDAD AL DÍA, 25 de septiembre, 2020, p. 1 y ss.

<sup>68</sup> Vide INTERPOL, “Ciberdelincuencia: efectos de la Covid-19”, 2020, pp. 8 y ss.

<sup>69</sup> Vide Martínez Martínez, Ricard, “Un acuerdo nacional sobre ciberseguridad”, BEZ, 2016, p. 2 y ss.: «la transición de un modelo ciberseguridad de carácter preventivo y defensivo hacia un esquema que incorpore elementos de mayor fuerza disuasoria obedece a un contexto global de mayor competencia geopolítica (...) pero, esta disuasión en ciberseguridad requiere la obtención y potenciación de capacidades de ciberdefensa, como elementos fundamentales de la acción del Estado»

<sup>62</sup> Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 17.1: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

<sup>63</sup> Vide STC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 6.

<sup>64</sup> Vide Rallo Lombarte, Artemi, Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales, en TRATADO DE PROTECCIÓN DE DATOS, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 5.

Sin embargo, de forma concomitante a estas obligaciones que asume el Estado, este debería abordar un mayor compromiso para proteger los derechos y libertades de los usuarios en el ciberespacio. En este sentido, estos tienen derecho a navegar por la red y a que le sean prestados servicios de forma segura, que no pongan una vulneración de sus derechos, especialmente, en lo referente a la protección de datos. Por esta razón, aunque hasta ahora la ciberseguridad ha sido abordada por el Estado como una potestad para defenderse ante los hipotéticos ataques que impidan el normal funcionamiento de las instituciones, no debería ser esta la tendencia que debe seguir su evolución. En este sentido, las políticas de ciberseguridad se han limitado a preservar las actuaciones que desarrolla el Estado, o sobre concretos servicios que presta a los ciudadanos<sup>70</sup>. Pero, esa actuación debe ser corregida para abarcar un ámbito de protección mayor, ampliando las obligaciones del Estado en materia de ciberseguridad a todas las actividades que los ciudadanos desarrollen en el ciberespacio.

En consecuencia, el servicio de ciberseguridad de los poderes públicos debe comprender todas las relaciones que puedan verse amenazadas dentro del mundo virtual y no únicamente las que tengan como interesado, o puede verse afectado el Estado<sup>71</sup>. Lo que, en sentido contrario, genera una obligación de proveer o diseñar los medios necesarios para garantizar que éste sea un entorno seguro para el desarrollo de las actividades de los ciudadanos. Es más, habría que comenzar a ir un paso más allá sobre si es necesario configurar un derecho a la ciberseguridad, en stricto sensu, y no simplemente de seguridad en la red; el cual quedaría perfectamente encuadrado en el reconocimiento de los derechos de cuarta generación, o derechos digitales.

En idéntico sentido, se pronuncia el proyecto de Carta de Derechos Digitales español, en el que se reconoce que *“toda persona tiene derecho a la seguridad en el entorno digital”*. El reconocimiento de este derecho lleva aparejado un compromiso de los poderes públicos, adoptando las medidas necesarias para garantizar la protección de la seguridad de la actividad en la red. No obstante, éste no puede ser un mero compromiso formal, sino que debe materializarse en la prestación de una concreta actividad por parte del Estado<sup>72</sup>.

## 2. El (hipotético) servicio público de ciberseguridad

La ciberseguridad como servicio público implicaría una actividad prestacional<sup>73</sup> que, por razones de interés general<sup>74</sup>, asume su titularidad (y, a veces su gestión) una Administración Pública<sup>75</sup>, resultando de aplicación un régimen jurídico exorbitante<sup>76</sup>. El carácter indefinido del concepto de interés general que engloba la figura del servicio público permite la concreción de la actividad atendiendo a las necesidades que presenta la colectividad en un determinado momento histórico-temporal<sup>77</sup>, adaptándola por tanto a las necesidades que plantea el ciberespacio.

La creación del servicio público de ciberseguridad es una de las propuestas recogidas en la Agenda Digital para España 2025, la cual ha sido materializada recientemente. En este sentido el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) ha creado una plataforma web que presta el servicio de *“Tu ayuda en ciberseguridad”*<sup>78</sup>, que entre las actividades que desarrolla, se encarga de prestar asistencia en caso de ciberataque, resuelve consultas relacionadas con esta materia, y asesora a los ciudadanos en su experiencia en línea. Este es un servicio de fácil acceso y gratuito que, además, pone a disposición de los ciudadanos una serie de recursos tales como herramientas de ciberseguridad, talleres de formación y guías.

Sin embargo, el cambio de su naturaleza jurídica, y su incorporación como un auténtico servicio público, lleva aparejadas otra serie de consecuencias que van más allá de determinar al titular de este servicio y establecer un catálogo de prestaciones. En este sentido, es necesario establecer una normativa que regule el servicio concreto que se presta a la población, la calidad del mismo, los límites a su ejercicio, las obligaciones que asumen cada una de las partes de la relación, y la determinación de la responsabilidad que asume la Administración, cuando no se cumpla con un desarrollo adecuado de esta prestación. De este modo, el servicio público de ciberseguridad debería incluir toda actividad que se encargue de proteger las redes y sistemas de información, pero también de la detección de cualquier brecha del sistema de seguridad, aquellas destinadas a evitar la entrada o expansión de los ciberataques, y especialmente, las dedicadas a restablecer la normalidad en el funcionamiento de estos servicios.

<sup>73</sup> Vide Fernández Ferreras, Germán, SISTEMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Navarra, Civitas, 2012, p. 420.

<sup>74</sup> Vide Souvirón Morenilla, José María, LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL SERVICIO PÚBLICO, Granada, Comares, 2002, p. 145.

<sup>75</sup> Vide Ariño Ortiz, Gaspar, Servicio público y libertades públicas, en Garrido Falla, Fernando, ACTUALIDAD Y PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO A FINALES DEL S. XX. HOMENAJE AL PROFESOR GARRIDO FALLA, V. II, Madrid, Editorial Complutense, 1992, p. 1319.

<sup>76</sup> Vide Parada Vázquez, José Ramón, Los servicios públicos en España, en Arismendi, Alfredo, Caballero Ortiz, Jesús, y Randolph Brewer-Carías, Allan, EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL S. XXI: ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS, Madrid, Civitas, 2003, p. 1845.

<sup>77</sup> Vide Sosa Wagner, Francisco, LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES, Madrid, Civitas, 2002, pp. 41-42.

<sup>78</sup> Vide <https://www.incibe.es/linea-de-ayuda-en-ciberseguridad>

<sup>70</sup> Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia Nacional de ciberseguridad, Madrid, 2019, p. 5.

<sup>71</sup> Vide Fernández Rodríguez, José Julio, Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta, en GARCÍA NOVOA, César y SANTIAGO IGLESIAS, Diana (Dir.), 4ª REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA DIGITAL, o.c., pp. 58-60.

<sup>72</sup> Vide Rallo Lombarte, Artemi, Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales, en TRATADO DE PROTECCIÓN DE DATOS, o.c., p. 5, «La seguridad de Internet implica, sin duda, a los poderes públicos que deben actuar para preservar este derecho frente a las amenazas crecientes que operan más allá de acciones indebidas de carácter limitado, pero concierne particularmente a los proveedores de servicios a los que resultará exigible la máxima diligencia en preservar este mandato y facilitar a los usuarios la información necesaria para el ejercicio de sus derechos».

No obstante, dentro del servicio público de ciberseguridad habrá que distinguir distintas responsabilidades del servicio atendiendo al criterio subjetivo. En primer lugar, la obligación que se genera para el Estado de prestar el servicio con unas determinadas características y calidad. En este sentido, las infraestructuras físicas del elemento técnico de Internet ya cuentan con un régimen de protección específico, pero habría que reforzar el régimen existen a través de concretas actividades y medidas que impidieran que se produzcan trasgresiones a la protección de los datos personales.

En segundo lugar, los prestadores de servicios de la sociedad de la información mantendrían las obligaciones que asumen según la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales. De manera que deben preservar las obligaciones referidas para garantizar la correcta protección de los datos que tienen a su disposición, y de los servicios que se prestan a través del ciberespacio, junto con el deber general de colaboración en materia de ciberseguridad. De forma complementaria, habría que ampliar el régimen sancionador y de control por parte de las Administraciones, de manera que los incumplidores de la normativa tuvieran sanciones proporcionales al bien jurídico que puede sufrir la lesión.

Y, en tercer lugar, las obligaciones que se generan frente a los usuarios del ciberespacio. En este sentido, los cibernautas deben ser conscientes de las amenazas a las que se exponen, de las medidas preventivas, e instrumentos disponibles para evitar una utilización fraudulenta de sus datos, y de cuáles son los comportamientos adecuados y de menor riesgo. En consecuencia, la educación en esta materia se convierte en trascendental para preservar el buen funcionamiento de este servicio público. La actividad de los ciudadanos en el ciberespacio deja bastante que desear, especialmente, en lo que se refiere a la realizada en las redes sociales. La exposición pública que se hace de la intimidad de las personas, así como también la falta de medidas para preservar los datos personales, son síntomas evidentes del desconocimiento de los ciudadanos de los riesgos a los que están expuestos. Por ello, el Estado debe trabajar especialmente en la formación sobre prevención, pero también, la capacidad de reacción de los ciudadanos.

Si bien es cierto, el nexo o elemento formal que unirá ambas partes de la relación será la institución del servicio público, lo que incrementa considerablemente el régimen de garantías y protección de los ciudadanos. No obstante, únicamente, una vez que han sido delimitadas las obligaciones que asumen ambas partes de la relación, es cuando se podrá delimitar la hipotética responsabilidad patrimonial de la Administración en la prestación del servicio público. Sin duda este será uno de los ejes que mayores quebraderos generará a las Administraciones Públicas en los próximos años.

#### IV. Conclusiones

Los ciberataques se han convertido en la otra cara, mucho menos amable, de la Revolución Digital. Las amenazas contra el normal desarrollo de la actividad del Estado son constantes, y cada

vez mucho más sofisticadas y con un mayor potencial dañino. Por ello, las estrategias en materia de ciberseguridad se han convertido en una parte imprescindible para el desarrollo de la sociedad digital. Sin embargo, hasta el momento, el Estado español ha centrado su actividad reguladora en la preservación de las actividades y servicios que este viene prestando, obviando los derechos que los ciudadanos pudieran tener en esta materia. Reflexionemos sobre el hecho de que es la propia Constitución española en el artículo 17.1 la que se encarga de garantizar el derecho a la libertad y seguridad de los españoles, y el artículo 18 de preservar los derechos de los ciudadanos dentro del ámbito de la "informática". Y, que ha sido el Tribunal Constitucional quién ha definido la ciberseguridad como un sector estratégico de la seguridad del país.

Sin embargo, el régimen jurídico de la ciberseguridad presenta deficiencias evidentes. En este sentido, la disgregación normativa y la amplitud de las mismas impide la aplicación de marco normativo conciso y eficaz, así como también, hay que solucionar las duplicidades regulativas del sistema. Al final todas las normas referidas al Derecho de Internet contienen alguna previsión en materia de ciberseguridad, lo que provoca cierta inseguridad jurídica sobre el marco normativo aplicable. E, idéntica relevancia tiene la falta de dotación presupuestaria específica en esta materia. Además, prácticamente, en análogo sentido ocurre con el derecho a la seguridad digital (artículo 82 LOPD) que se ha convertido en una mera descripción formal, pero el cual necesita de un desarrollo legislativo que concrete el ámbito subjetivo y objetivo del derecho. Así, su reconocimiento es insignificante, sino está acompañado de una auténtica actividad prestacional del Estado que se encargue de preservar la integridad de las relaciones en la red.

Si bien es cierto que el Estado está intentando revertir esta situación prestando un servicio público electrónico en materia de ciberseguridad. Sin embargo, este para tener la naturaleza de "servicio público" presenta ciertas deficiencias, especialmente, en lo que se refiere a la regulación y concreción de la actividad que desarrolla, la calidad del servicio, los límites de actuación, y la responsabilidad que asumen todas las partes intervinientes. No obstante, este es un buen primer paso para iniciar la regulación jurídica de la ciberseguridad que necesita la sociedad digital, a la que se aspira llegar, estableciendo las suficientes garantías para salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos en el ciberespacio. Huelga decir que, la ciberseguridad es la otra parte de obligado desarrollo para avanzar en la Revolución Digital, puesto que, sin ésta la sociedad digital no contará con los sustentos suficientes para preservar la continuidad de sus servicios y actividad. En caso contrario, permítanme la similitud, cualquier "caballo de Troya" podría suponer la caída del imperio digital.

#### V. Bibliografía

Abbate, Janet. INVESTING THE INTERNET (INSIDE TECHNOLOGY), Cambridge, The Mit Press, 1999.

Arellano Toledo, Wilma, "El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial", REVISTA GENERAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 50, 2019.

Ariño Ortiz, Gaspar, Servicio público y libertades públicas, en Garrido Falla, Fernando, ACTUALIDAD Y PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO A FINALES DEL S. XX. HOMENAJE AL

PROFESOR GARRIDO FALLA, V. II, Madrid, Editorial Complutense, 1992.

Balaguer Callejón, Francisco, MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Madrid, Tecnos, 2019.

Barrio Andrés, Moisés, DERECHO PÚBLICO E INTERNET: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN DE LA RED, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.

Barrio Andrés, Moisés, CIBERDERECHO: BASES ESTRUCTURALES, MODELO DE REGULACIÓN E INSTITUCIONES DE GOBERNANZA, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Barrio Andrés, Moisés, FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE INTERNET, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

Barrio Andrés, Moisés, MANUAL DE DERECHO DIGITAL, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

BBVA RESEARCH, “La directiva de seguridad de las redes y de la información (NIS)”, SITUACIÓN DE ECONOMÍA DIGITAL, 2016.

Borredá, Ana, “Directiva NIS: la oportunidad”, SEGURITECNIA, 2016.

Cañas, Jesús, “Ryuk el virus informático que ha devuelto al papel Ayuntamiento de Jerez”, EL PAÍS DIGITAL, 4 de octubre de 2019.

Carlón Ruiz, Matilde, Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones, en De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás, DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES (Dir.), Madrid, Civitas, 2015.

Casanovas Romeu, Pompeu, Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos, en García Morales, M<sup>a</sup> Jesús, INTERNET Y PLURALISMO JURÍDICO: FORMAS EMERGENTES DE REGULACIÓN, Granada, Comares, 2003.

Fernández Ferreras, Germán, SISTEMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Navarra, Civitas, 2012.

Fernández Hernández, Carlos, “Nueve de cada diez empresas no cuentan con el presupuesto necesario para protegerse de ciberataques”, DIARIO LA LEY CIBERDERECHO, 26, 2019.

Fernández Hernández, Carlos, “Notificaciones de ciberataques a operadores de servicios esenciales: lecciones prácticas de las primeras experiencias”, DIARIO LA LEY CIBERDERECHO, 30, 2019.

Fernández Hernández, Carlos, “Reforzar nuestra capacidad de respuesta ante un ciberataque, implementar una cultura de la seguridad e impulsar a la industria nacional, objetivos de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad”, DIARIO LA LEY CIBERDERECHO, 30, 2019.

Fernández Muñoz, Ricardo, MARCO CONCEPTUAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS APLICADAS A LA EDUCACIÓN, España, Universidad de Castilla La Mancha, 2005, <http://www.uclm.es/profesorado/ricardo>.

Fernández Rodríguez, José Julio, Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta, en García Novoa, César y Santiago Iglesias, Diana, 4ª REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA DIGITAL,

Frías Barroso, Zoraida, Pérez Martínez, Jorge, Steck, Christoph, Gobernanza de Internet y derecho digitales, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás, y Piñar Mañas, José Luis (Dir.), SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.

García Mexía, Pablo, El derecho de acceso a Internet, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del

Castillo, Tomás, y Piñar Mañas, José Luis (Dir.), SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.

INISEQ, “Ciberataque y ciberespionaje contra el sector sanitario”, CIBERSEGURIDAD AL DÍA, 25 de septiembre, 2020.

Jhonson, David y Post, David, “Law and border: the rise of law in cyberspace”, STANFORD LAW REVIEW, 48, 1996.

Madrid, Daniel, “Anticipación, alineamiento y adaptabilidad, las tres herramientas de ciberseguridad de las organizaciones en tiempos de incertidumbre”, DIARIO LA LEY CIBERDERECHO, 40, 2020.

Martínez Martínez, Ricard, “Un acuerdo nacional sobre ciberseguridad”, BEZ, 2016.

Martínez Martínez, Ricard, Inteligencia artificial, derecho y derechos fundamentales, en De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, Tomás, SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.

Muñoz Machado, Santiago, LA REGULACIÓN DE LA RED. PODER Y DERECHO EN INTERNET, Madrid, Taurus, 2000.

Parada Vázquez, José Ramón, Los servicios públicos en España, en Arismendi, Alfredo, Caballero Ortiz, Jesús, y Randolph Brewer-Carías, Allan, EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL S. XXI: ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARIÁS, Madrid, Civitas, 2003.

Pérez Gálvez, Juan Francisco, Reflexiones en torno a la organización de los servicios sanitarios y el ejercicio profesional en la Unión Europea, en Pérez Gálvez, Juan Francisco y Barranco Vela, Rafael (Dir.), DERECHO Y SALUD EN LA UNIÓN EUROPEA, Granada, Comares, 2013.

Puyol Montero, Javier, APROXIMACIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA AL BIG DATA, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Rallo Lombarte, Artemi, Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales, en TRATADO DE PROTECCIÓN DE DATOS, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Rebollo Delgado, Lucrecio y Zapatero Martín, Pilar (Dir.), Derecho a la seguridad digital, en DERECHOS DIGITALES, Madrid, Dykinson, 2019.

Rey Ares, Lucía y otros, La 4ª revolución industrial: industria 4.0, en García Novoa, César y Santiago Iglesias, Diana (Coord.), 4ª REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA DIGITAL, Navarra, Aranzadi, 2018.

Schwab, Klaus, LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL, Barcelona, Debate, 2016.

Sosa Wagner, Francisco, LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES, Madrid, Civitas, 2002.

Souvirón Morenilla, José María, LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL SERVICIO PÚBLICO, Granada, Comares, 2002.

Tasa Fuster, Vicenta, “Los desafíos de la cuarta revolución tecnológica e industrial en una sociedad periférica europea y sus consecuencias en la gobernanza política y la regulación legal. Con especial referencia a la Comunidad Valenciana”, REVISTA GENERAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 50, 2019.

Vega, Guillermo, “El principal sospechoso del ciberataque es el virus de secuestro informático Ryuk”, EL PAÍS DIGITAL, 9 de marzo 2021.

## LA VIVIENDA EN MÉXICO COMO UN DERECHO SOCIAL DE DIFÍCIL ALCANCE

### Autores

VÁZQUEZ AVEDILLO, José Fernando\*

VEGA MATA, Agustín Guadalupe\*\*

### Sumario

I. Introducción; II. Los derechos sociales como derechos humanos; III. Vivienda digna, Constitución y supremacía de los derechos humanos; IV. Conclusiones; V. Referencias.

### I. Introducción

A diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México, ha habido un avance significativo en la cultura sobre la protección a los derechos humanos y si bien la Carta Magna puntualiza cuales son esos derechos fundamentales que además se ven reforzados por el principio de progresividad, es menester reconocer que aun falta mucho camino por andar para lograr la plena materialización de ellos a efecto de salvaguardar la dignidad de las personas.

En esta ocasión se pretende abordar el derecho a una vivienda digna, derecho de carácter social que esta plenamente reconocido por el texto constitucional, pero que sin embargo, aún no encuentra la forma de lograr impactar verdaderamente en las personas y por tanto provoca que otros derechos no logren su cometido de forma cabal.

En este sentido, se debe señalar que la vivienda como componente central del desarrollo del pueblo mexicano no fue considerada hasta mediados del siglo pasado en virtud de constituirse como un indicador de bienestar de la población, pues posibilita la realización de otros derechos que en su conjunto se constituyen como parte del mínimo vital.

Es así que esta aproximación al derecho a la vivienda digna tomará las herramientas del método inductivo, bajo una perspectiva de investigación cualitativa cuya intención será marcar como derrotero si el derecho a la vivienda digna constituye un derecho social que verdaderamente pueda materializarse en aras de satisfacer las necesidades más básicas para las personas, razón por la que deberá realizarse un análisis constitucional, sin que esto sea óbice de revisar el derecho internacional de los derechos humanos.

\* Doctor en Derecho; Perfil Prodep; SNI I; Profesor-Investigador e Integrante del Cuerpo Académico Consolidado "Derechos Humanos y Globalización", de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2522-142X>

\*\* Alumno del 8º semestre de la licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

### II. Los derechos sociales como derechos humanos

Para comprender los derechos sociales como parte de los derechos humanos conviene realizar un acercamiento a la idea de los DESCA, es decir, de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, conocidos como DESCA, se refieren a aquellos Derechos Humanos de segunda generación creados específicamente para asegurar a las personas el valor de la igualdad, refiriéndose específicamente en cuanto a sus condiciones de vida, sin perder de vista la diversidad cultural, geográfica y medioambiental de cada quien <sup>1</sup>.

Partiendo de lo anterior, se deben considerar a los derechos sociales en función al alcance que tienen respecto de la esfera jurídica de las personas, particularmente de aquellas que pudieran estar en algún grado de vulnerabilidad.

Hoy en día se reconoce a los derechos sociales fundamentales carácter de derechos subjetivos, siendo su objeto prestaciones positivas fácticas del Estado, entre ellas la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la vivienda y la seguridad social.<sup>2</sup>

Los derechos sociales son esencialmente "...expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación."<sup>3</sup>

Ahora bien, tal y como ya se mencionaba líneas arriba, hay sectores que se refieren a los derechos sociales como reivindicatorios de los grupos vulnerables de la sociedad, sin que esto sea óbice para considerar que este tipo de derechos ampara a todas las personas sin discriminación alguna, es así que "...estos surgen ante la necesidad de cumplir la ley en aquellos aspectos en los que las personas puedan sentirse desprotegidas o en los casos en que carezcan de reconocimiento dentro de su comunidad, población, nación, país, grupo o sociedad" <sup>4</sup>.

En este orden de ideas, se sostiene que los derechos sociales son derechos subjetivos que amparan a las personas para alcanzar un status de vida digna, entendiendo ésta como un "conjunto de condiciones que permiten preservar la integridad física y psíquica y minimizar, en consecuencia, las situaciones de malestar, daño y opresión."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vázquez Avedillo José Fernando. Justiciaabilidad de los Desca: ¿Justicia de papel?, en Bello Gallardo, Noemí y José Fernando Vázquez Avedillo. Vertientes de la justiciaabilidad en México. Fontamara. México. 2019, p. 64.

<sup>2</sup> Arango Rivadeneira, Rodolfo. Derechos sociales. En Fabra Zamora Jorge Luis. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen dos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2015, p. 1677.

<sup>3</sup> Pisarello, Gerardo. Los Derechos sociales y sus garantías. Trotta. Madrid. 2007, p. 11.

<sup>4</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR]. ¿Cuáles son los derechos sociales y qué aplicación tienen? 2016. p. 1. Recuperado de [https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/)

<sup>5</sup> Pisarello, Gerardo. Op. Cit. , p. 39.

Es así que con las ideas de Pisarello, Abramovich y Courtis –principalmente-, se puede afirmar que la esencia de los derechos sociales esta dirigida hacia la protección de sectores vulnerables de la población.

Para un mejor entendimiento, se debe señalar que los derechos sociales son “el conjunto de normas jurídicas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos socialmente débiles, para lograr su convivencia con otras clases sociales, dentro de un orden jurídico”<sup>6</sup>.

Los derechos sociales, bajo la premisa del principio de interdependencia, se colocan como la cimentación para el desarrollo de otros tantos derechos, que aunque están referidos en textos legales -nacionales e internacionales-, dependen del cumplimiento previo de algunos factores.

Los derechos sociales dan señales de existencia desde el siglo XVIII, época desde la cual se han venido consolidando.

Debemos señalar que los derechos sociales no son cosa nueva, pues la historia de los mismos se remonta a épocas pretéritas, destacándose particularmente con la aparición del constitucionalismo social que data del siglo XIX, sin que esto nos haga olvidar los antecedentes del siglo XVIII con el movimiento anti absolutista en Europa en donde el constitucionalismo aparece para limitar el ejercicio del poder, teniendo como basamento filosófico el iusnaturalismo racionalista y de forma particular a las teorías de John Locke y Jean Jaques Rousseau, siendo este último uno de los ideólogos de la revolución francesa, de donde derivará la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que junto con los acontecimientos previos en las colonias inglesas en América (Declaración de Virginia de 1776 y la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787), generarían grandes cambios para toda la humanidad.<sup>7</sup>

La evolución histórica de las ideas jurídicas en todo el orbe ha sido una constante que desde luego resulta evidente en el texto de la Constitución mexicana de 1917, la cual se constituye como la primera constitución social del siglo XX, siendo ejemplo a seguir por muchos países.

### III. Vivienda digna, Constitución y supremacía de los derechos humanos

Para comenzar este apartado es preciso señalar que por vivienda debe entenderse a la “habitación del ser humano que debe proteger a sus moradores, otorgar condiciones adecuadas de higiene, permitir privacidad, ser cómoda, contar con servicios públicos (agua, luz, drenaje) y asegurar la estabilidad familiar.”<sup>8</sup>

Este espacio físico que utiliza el ser humano para efecto de cumplir con sus propios cometidos, requiere cubrir ciertos objetivos, tales como: a) Proteger a sus moradores de las condiciones climatológicas desfavorables; b) Otorgar condiciones adecuadas de higiene; c) Permitir privacidad a sus habitantes; d) Permitir la realización de actividades domésticas que proporcionen comodidad a los miembros de la familia; e) Contar con servicios públicos como agua, electricidad y drenaje, y f) Asegurar la estabilidad familiar.<sup>9</sup>

En ese mismo sentido, “para que una vivienda sea considerada digna, debe ser fija y habitable cumpliendo los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad, habitabilidad y accesibilidad<sup>10</sup> . Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)<sup>11</sup> se refiere a la vivienda adecuada como aquella en donde el contexto otorga a la persona seguridad, paz y dignidad.

El tema de la vivienda no solo es un asunto ventilado en instrumentos internacionales, sino que también es ampliamente referido para muchos textos constitucionales tales como la constitución colombiana que da cuenta del tema en su artículo 51 o la constitución española, que hace lo propio en su artículo 47.

Hablar de vivienda trasciende el aspecto netamente jurídico, ya que siendo un espacio físico donde sucede el desarrollo de una persona, tal asunto adquiere una connotación de orden psicológico, pues a través de la vivienda se satisfacen diversas aspiraciones y valores de índole personal<sup>12</sup>, lo que nos lleva a reiterar que la vivienda es el punto de partida en la satisfacción de otros muchos derechos fundamentales.

El estudio de la vivienda y sus características, como variable para establecer las condiciones en que se desenvuelve la población, parte de los censos a los edificios realizados en el año de 1895, sin embargo, es hasta el año de 1950 que aparece en la escena nacional el primer Censo General de Población y Vivienda. En este orden de ideas, el estudio de la vivienda, desde la perspectiva sociodemográfica toma en consideración el incremento poblacional y el proceso de urbanización en México. Ahora bien, desde la perspectiva jurídica y como resultado de los debates del constituyente de 1917, se plasma (en la fracción XII del artículo 123) una exigencia respecto a generar políticas públicas que atiendan las necesidades de la vivienda en el país - principalmente para la clase obrera y campesina-.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Ferrando, Victoria. ¿Qué es una vivienda digna? Rentila. 2019, p. 1. Recuperado de <https://www.rentila.es/blog/que-es-una-vivienda-digna/>

<sup>11</sup> Es un órgano de expertos independientes vinculado a la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 24 de febrero de 2021 de <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

<sup>12</sup> Pasca García, Laura. La concepción de la vivienda y sus objetos. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2014, p. 2. Recuperada de [https://www.ucm.es/data/cont/docs/506-2015-04-16-Pasca\\_TFM\\_UCM-seguridad.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/docs/506-2015-04-16-Pasca_TFM_UCM-seguridad.pdf)

<sup>6</sup> Gaxiola Moraila, Federico. Derecho social. En Enciclopedia Jurídica Mexicana. 2ª ed. Porrúa-Unam. México. 2004, p. 367

<sup>7</sup> Vázquez Avedillo, Fernando. Análisis comparativo entre la segunda Carta de Derechos norteamericana y la Constitución mexicana en materia de derechos sociales. Revista Misión Jurídica, 13, (19), Bogotá, 2020, p. 147. Recuperado de <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/11/A7-19-Analisis-comparativo-entre-la-segunda-carta-de-derechos-norteamericana-y-la-constitucion-mexicana-en-materia-de-derechos-sociales.pdf>

<sup>8</sup> Méndez, Silvestre. Problemas Económicos de México, 5ª ed., Mc Graw Hill, México 2004, p. 78.

En toda negociación agrícola, industrial, minera o cualquiera otra clase de trabajo, los patrones estarán obligados a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas, por las que podrán cobrar rentas que no excederán del medio por ciento mensual del valor catastral de las fincas. Igualmente deberán establecer escuelas, enfermerías y demás servicios necesarios a la comunidad.<sup>13</sup>

Resulta evidente el carácter social con el que el texto constitucional se refiere a la vivienda, sin embargo, en cada sexenio se fue perfilando el tema, siendo evidente un impulso al tema durante la etapa del desarrollo estabilizador, de donde se dio la creación políticas públicas y con ello organismos encargados de atender la temática.

En 1933 fue creado el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, desarrollando a partir de 1947 diversos programas habitacionales dirigidos a la población de bajos ingresos, circunstancia que lo transformaría en el actual Banco Nacional de Obras y Servicios (Banobras). En 1943 fue creado el Instituto Mexicano del Seguro Social, institución que realizó programas habitacionales para sus derechohabientes. En 1954, se creó el Instituto Nacional para el Desarrollo de la Comunidad y de la Vivienda. En 1955 fue creada la Dirección de Pensiones Militares, posibilitándose la construcción de conjuntos habitacionales entre los miembros de las Fuerzas Armadas. En 1958, Petróleos Mexicanos arrancó programas habitacionales para sus trabajadores. En 1963 se creó el Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda y el Fondo de Garantía y Apoyo a los Créditos para la Vivienda, y en 1965, se organizó el Programa Financiero de Vivienda del Gobierno Federal.

Ahora bien, a pesar de la gran actividad gubernamental en torno al tema de la vivienda, no fue sino hasta el año de 1971 que la esencia de los postulados básicos del Constituyente del 17, fueron hechos realidad con la creación del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, así como Fondo de Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en 1972, ejemplos claros de que el gobierno mexicano estaba tomando el control sobre la provisión de vivienda en el país, principalmente para satisfacer las necesidades de la clase trabajadora.

Debido a las condiciones económicas del país, para 1981, fue creado el Fideicomiso Fondo Nacional de Habitaciones Populares, a efecto de satisfacer a un segmento más vasto de la población, que desde luego se encontraba en situación de vulnerabilidad. Al año siguiente fue creada la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, quien se encargaría de la elaboración de la política nacional de vivienda, circunstancia que llevaría a una reforma constitucional durante los primeros meses del gobierno de Miguel de la Madrid (7 de febrero de 1983), en la que se estableció el derecho de la familia a una vivienda digna y decorosa, dando pauta a la creación de la Ley Federal de Vivienda.

A pesar de este avance en la materia de vivienda, los vientos neoliberales provocaron una redefinición en la acción estatal en la materia, reduciendo la participación gubernamental a la

mera promoción y financiamiento habitacional, y dejando a la iniciativa privada la tarea de la ejecución de obras y con ello el acaparamiento del mercado, circunstancia que fue evidente en el Programa Sectorial de Vivienda 2001-2006.

Con la aparición del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 del gobierno de Felipe Calderón, fue evidente la vinculación del tema de la vivienda con los derechos humanos, toda vez que se pensaba “Reducir la pobreza extrema y asegurar la igualdad de oportunidades y la ampliación de capacidades para que todos los habitantes mejoren su calidad de vida y tengan garantizados alimentación, salud, educación, vivienda digna y un medio ambiente adecuado para su desarrollo.”<sup>14</sup>

Bajo la presidencia de Enrique Peña Nieto, se puede dar cuenta de la alineación entre el Eje 2 (México incluyente) del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 y el Programa Sectorial de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano 2013-2018, instrumentos que junto con el Programa Nacional de Vivienda 2014-2018, hacían referencia al desarrollo de vivienda digna, lo cual quedaba alineado, al menos en los documentos, con el derecho internacional de los derechos humanos.

Bajo la actual administración federal, se cuenta con el Programa Nacional de Vivienda 2019-2024, el cual “incorpora los siete elementos de la vivienda adecuada establecidos por ONU-Hábitat: seguridad de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura; asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad; ubicación y adecuación cultural. De esta manera, se busca que todos los actores impulsen estos criterios en los planes, reglas y programas de cada institución.”<sup>15</sup> En este sentido dicho programa estipula los siguientes objetivos que dan cuenta de la pretensión de proteger este derecho humano a la vivienda.

**Objetivo General:** Garantizar el ejercicio del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada con la participación de los diferentes actores públicos, privados y sociales, a través del rediseño del marco institucional y el desarrollo de esquemas financieros, cuyo enfoque planeado e integrado al territorio, prioriza la atención al rezago habitacional y a la población históricamente discriminada.

- 1.- Garantizar el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada a todas las personas, especialmente a los grupos en mayor condición de discriminación y vulnerabilidad, a través de soluciones financieras, técnicas y sociales de acuerdo con las necesidades específicas de cada grupo de población.
- 2.- Garantizar la coordinación entre los organismos nacionales de vivienda y los distintos órdenes de gobierno para el uso eficiente de los recursos públicos.
- 3.- Fomentar conjuntamente con el sector social y privado, condiciones que propicien el ejercicio del derecho a la vivienda.
- 4.- Asegurar el derecho a la información y la rendición de cuentas de todos los actores del sistema de vivienda adecuada.

<sup>14</sup> Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. [CEFP]. Cámara de Diputados. Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. México. 2007, p. 27. Recuperado de <https://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0962007.pdf>

<sup>15</sup> Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano [SEDATU]. México, 2020, p. 3. Recuperado de <https://www.gob.mx/sedatu/documentos/programa-nacional-de-vivienda-2019-2024>

<sup>13</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. Texto Original 1917, p. 11.

**5.-** Establecer un modelo de ordenamiento territorial y gestión del suelo que considere la vivienda adecuada como elemento central de planeación de territorio.<sup>16</sup>

Derivado de lo anterior, se resalta la idea de proteger principalmente a personas en condiciones de discriminación y vulnerabilidad, entendiendo por vulnerabilidad a un estado de riesgo al que se encuentran sujetas algunas personas en determinado momento.<sup>17</sup>

La vulnerabilidad se puede deber a causas diversas, como la pertenencia a algún grupo étnico, o a condiciones como la de estar en reclusión, ser migrante, ser mujer, vivir con algún tipo de padecimiento, vivir con discapacidad, condiciones socioeconómicas como la pobreza, o poseer una característica socialmente no aceptada en el entorno específico. La vulnerabilidad coloca a quien la padece en una situación de desventaja en el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.<sup>18</sup>

Desde el texto constitucional se puntualiza el derecho a una vivienda digna y decorosa, derecho que apareció por primera vez mediante una reforma constitucional de fecha 7 de febrero de 1983. En aquel momento, el Diario de Debates señalaba que el derecho a la salud y el derecho a la vivienda eran derechos individuales de raigambre colectiva, garantías individuales y derechos sociales, en una sabia armonía que ha caracterizado desde su origen a la Constitución General de la República.<sup>19</sup>

De una simple lectura al artículo 4º constitucional, lo primero que se aprecia es un aparente carácter restrictivo, dado que se antepone al disfrute del derecho, que exista una familia, hecho que inicialmente truncaría la posibilidad de beneficiar a aquellas personas que en lo individual pretendieran contar con una vivienda digna. Ahora bien, en términos generales hablar de familia es hablar de un grupo de personas unidas entre sí por un lazo de parentesco, aunque hoy en día esta concepción pudiera considerarse restrictiva en virtud de que los lazos de unión entre personas pueden ir más allá del simple parentesco.

Años atrás, se entendía por familia a aquella integrada por la madre, el padre y los hijos, un concepto clásico llamado familia nuclear. En la actualidad, el término ha ido modificando, ahora el concepto no sólo se centra en los lazos consanguíneos, nuestra familia puede ser el grupo de personas con el que nos sentimos protegidos, amados y felices.<sup>20</sup>

Esta circunstancia narrada por el texto constitucional donde se posiciona a la familia como el ente beneficiado es reiterada por la propia Ley de vivienda.

**ARTÍCULO 1.** La presente Ley es reglamentaria del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de vivienda. Sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto establecer y regular la política nacional, los programas, los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de vivienda digna y decorosa.<sup>21</sup>

Esta circunstancia relatada, verdaderamente podría interpretarse como un serio atentado a los derechos humanos de las personas, sin embargo habrá que decir que el derecho a una vivienda digna corresponde a cada persona, pues pensar que solo estando agrupados como familia es la única vía de acceso a una vivienda, sería altamente discriminatorio, atentando directamente contra el último párrafo del artículo 1º Constitucional, razón por la que mediante una interpretación hermenéutica se puede concluir que todas las personas gozarán de los derechos humanos que la propia Constitución reconoce y que bajo ninguna circunstancia puede existir discriminación que vulnere la dignidad de las personas, menoscabando sus derechos y libertades, hecho que se traduce en que el derecho a una vivienda digna es un derecho social y de naturaleza individual.

Lo anterior encuentra respaldo en el derecho internacional de los derechos humanos, comenzando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual otorga el derecho a la vivienda a las personas en lo individual.

**Artículo 25.**

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.<sup>22</sup>

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que son las personas, los titulares del derecho humano a la vivienda.

**Artículo 11.**

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Ley de Vivienda. México, 2021. Recuperada de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LViv\\_140519.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LViv_140519.pdf)

<sup>22</sup> Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2015. Recuperado de [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)

<sup>23</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2021. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

<sup>16</sup> Programa Nacional de Vivienda 2019-2024 [PNV]. México, 2021, p. 26. Recuperado de [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/532237/Programa\\_Nacional\\_de\\_Vivienda\\_2019-2024.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/532237/Programa_Nacional_de_Vivienda_2019-2024.pdf)

<sup>17</sup> Lara Espinoza, Diana. Grupos en situación de vulnerabilidad. Colección de textos sobre Derechos Humanos. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2015, p. 24. Recuperado de [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas\\_CTDH\\_GruposVulnerabilidad1aReimpr.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_GruposVulnerabilidad1aReimpr.pdf)

<sup>18</sup> Hernández, Ricardo y Rivas, Héctor. El vih/sida y los derechos humanos: guía básica para educadores en derechos humanos. Letras. México, 2007, p. 11. Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/VIH/OtrasPublicacionesdeinteresrelacionadosconelVIH/Otros%20documentos%20relevantes/educadoresVIHy%20DH.pdf>

<sup>19</sup> Congreso de la Unión. Diario De Los Debates. LII Legislatura. Comisión permanente del Primer Año de Ejercicio (Diciembre - Agosto 1983). México, p. 1. Recuperado de <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/52/1er/CPPerma/19830202.html>

<sup>20</sup> Hábitat México. La familia como base de la sociedad. México, 2020, p. 1. Recuperado de <https://www.habitatmexico.org/article/la-familia-como-base-de-la-sociedad>

Derivado de todo lo anterior es dable señalar que el derecho a la vivienda digna esta pensado y dirigido a la satisfacción de la dignidad de cada persona, principalmente cuando existen situaciones de vulnerabilidad social.

En este punto del camino ya no hay duda de que el derecho a una vivienda digna es un derecho social de las personas, sin embargo, como muchos otros derechos, se enfrenta a circunstancias que en muchas ocasiones impiden que dicho derecho se materialice y es entonces donde verdaderamente comienzan los problemas.

El derecho a la vivienda digna como derecho social requiere de una serie de actos positivos por parte del entramado gubernamental a efecto de lograr su plena materialización, pues lamentablemente no basta con que el texto constitucional reconozca el derecho, sino que se requieren actos posteriores a dicho reconocimiento para lograr que sus beneficios impacten la esfera personal de cada individuo. En este sentido, en muchas ocasiones se supedita la materialización del derecho a una vivienda digna a la existencia de recursos económicos y materiales suficientes -además de voluntad política-, razón por la que frecuentemente se le asigna la característica de ser un derecho programático.

Ahora bien, el mandato constitucional compromete no solamente al Poder Ejecutivo a la instrumentación de políticas públicas en la materia, sino que también se requiere del contexto legal necesario, lo que implica la participación del legislativo en la elaboración de dichas reglas para hacer efectivo el derecho a la vivienda, y desde luego, no olvidar la participación del Poder Judicial para salvaguardarlo en el caso de un incumplimiento.

La obligación de llevar a la práctica se descompone en las obligaciones de facilitar y de realizar el derecho a la vivienda. La obligación de facilitar supone que el Estado tome medidas positivas para ayudar a los particulares y a las comunidades a ejercer su derecho a la vivienda. El Estado debe, por ejemplo, construir viviendas a bajo precio en cantidad suficiente y garantizar que los más pobres tendrán acceso a ellas a través de sistemas de subvenciones.<sup>24</sup>

Es así que para cumplir con el mandato constitucional y honrar este derecho social, no sólo basta con facilitar el acceso a una vivienda digna, sino que se requiere que el gobierno garantice un entorno que justamente haga digna la vivienda, lo que muestra el hecho de la amplitud del derecho en comento.

En este sentido, hay que reconocer que *“El Estado, finalmente, no tiene recursos ilimitados, y alguien tendrá a su cargo la tarea de decidir qué funciones se privilegian por sobre otras”*<sup>25</sup>, y esto se traduce en problemas, pues ante una mala coordinación de las instancias gubernamentales, es la población la que sufre el embate de las malas decisiones, surgiendo la duda de cómo exigir tales derechos fundamentales.

Ahora bien, la existencia de recursos económicos debe estar pensada en función de que la vivienda para las personas debe cubrir ciertos requisitos mínimos que garanticen su dignidad. En este sentido, el folleto informativo número 21/rev. 1 de la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y ONU-HABITAT, establece que para que la vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes criterios:

- La seguridad de la tenencia: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.
- Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos.
- Asequibilidad: la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes.
- Habitabilidad: la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.
- Accesibilidad: la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados.
- Ubicación: la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas.
- Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural.<sup>26</sup>

Del mismo modo, resulta relevante lo señalado por Hábitat II (conferencia dada en Estambul en 1996), en la que se reconoció al derecho a la vivienda como un derecho humano fundamental.

Una vivienda adecuada significa algo más que tener un techo bajo el que guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación, calefacción y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un emplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable. La idoneidad de todos esos factores debe determinarse junto con las personas interesadas, teniendo en cuenta las perspectivas de desarrollo gradual. El criterio

<sup>24</sup> Centro de investigación y publicación sobre las relaciones Norte-Sur. El derecho a la vivienda. Ginebra. 2007, p. 24. Recuperado de <https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/Derecho-a-la-vivienda.pdf>

<sup>25</sup> Holmes, Stephen y Cass Sustein. El costo de los derechos. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2015, p. 23.

<sup>26</sup> ONU Hábitat. El derecho a una vivienda adecuada. 2018, p. 4. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21\\_rev\\_1\\_Housing\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf)

de idoneidad suele variar de un país a otro, pues depende de factores culturales, sociales, ambientales y económicos concretos. En ese contexto, deben considerarse los factores relacionados con el sexo y la edad, como el grado de exposición de los niños y las mujeres a las sustancias tóxicas...<sup>27</sup>

Esencialmente lo que se pretende señalar es que toda persona tiene derecho a una vivienda digna, es decir, un espacio donde individuos o familias puedan vivir en paz y con seguridad, contando con ciertos servicios humanamente indispensables a efecto de lograr la salud, la seguridad y la comodidad de sus beneficiarios, para lo cual deben tener acceso permanente a recursos tales como el agua potable, drenaje y la energía eléctrica, como mínimo.

De lo antes señalado resulta evidente que todo lo que rodea al derecho de vivienda requiere de planeación y desde luego de recursos, elementos que frecuentemente no se cumplen por parte de los gobiernos y entonces los individuos deben acudir ante instancias jurisdiccionales a realizar sus justos reclamos dado que el derecho a la vivienda, como los demás derechos humanos son justiciables desde la premisa del garantismo ferrajoliano.

... justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.<sup>28</sup>

En este sentido, en el marco del garantismo se establece la necesidad de que respecto a los derechos sociales, existan técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad.<sup>29</sup>

Ahora bien, el gran tema termina siendo no la posibilidad de llevar un asunto ante un tribunal, sino que el derecho reclamado sea efectivamente exigible y desde luego cumplimentado por las autoridades competentes, que en muchas ocasiones se ven impedidas ante la circunstancia mencionada por Abramovich y Courtis en el sentido de que las conductas no cuentan con una descripción puntual que permita su exigibilidad, ya que "Entre más enunciados puedan ser los derechos, resultará más fácil su implementación."<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Hábitat II. Programa Hábitat

Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos  
Estambul, 1996. Recuperado de <http://habitat.aq.upm.es/aghhab/aproghab.html>

<sup>28</sup> Abramovich, Víctor y Christian Courtis. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En Courtis Christian y Ávila R. (Editores) La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Organización de las Naciones Unidas. Quito. 2009, p. 10.

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid, 2005, p. 863.

<sup>30</sup> Calderón Gamboa, Jorge. La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. En Ferrer, Eduardo et al. Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México 2018, p. 348.

Dicho de esta manera, pareciera que la idea del derecho a la vivienda no tuviera problema alguno, sin embargo, resulta lamentable señalar que el cumplimiento de este derecho humano dista mucho de ser eficiente, pues olvidando las condiciones que se considerarían básicas, hoy en día nos encontramos con viviendas construidas con materiales de pésima calidad, con dimensiones que rayan en lo absurdo (entre 30 y 35 metros cuadrados de construcción) y además dan pauta a fenómenos como el hacinamiento que en muchas ocasiones trae aparejado problemas de violencia intrafamiliar; además, frecuentemente la mala ubicación de las viviendas viene aparejada con la falta de la infraestructura y servicios básicos y además, por si fuera poco, los precios y las condiciones resulta inaccesibles y prohibitivas para sectores amplios de la población debido a sus circunstancias socioeconómicas.

Ante todas estas circunstancias es dable señalar que en México, a pesar de los avances en la protección a los derechos humanos, se sigue incumpliendo particularmente con el derecho a la vivienda digna.

#### IV. Conclusiones

El derecho a una vivienda digna es un derecho que corresponde naturalmente a cada persona en lo individual, toda vez que es una plataforma a partir de la cual es posible el desarrollo de otros derechos fundamentales, que en su conjunto hacen posible la satisfacción de la dignidad de las personas.

Hoy día, no hay duda de que en México el derecho a una vivienda digna se encuentra plenamente reconocido por la Constitución e incluso por instrumentos internacionales, sin embargo, aun no se ha llegado al punto de que este derecho social pueda ser satisfecho plenamente para todas las personas que buscan una vivienda y esta circunstancia no es por la falta de medios jurídicos a través de los cuales pueda exigirse válidamente tal pretensión, sino que el problema radica en que la disposición legal no ha logrado aterrizar adecuadamente la forma en que este derecho puede ser satisfecho, arguyendo la autoridad en la mayoría de los casos la falta de recursos materiales y económicos que posibiliten el cumplimiento de esta obligación gubernamental.

Por ello, más allá de la falta de recursos, que en el supuesto mexicano es real, lo que hace falta es que el Poder Legislativo debe ocuparse de que las leyes sean lo suficientemente explícitas respecto a la forma en que debe garantizarse cada derecho. Por su parte, el Poder Ejecutivo debe generar las políticas públicas necesarias para la debida implementación de las reglas dadas por el Legislativo; y es por ello que la satisfacción de los derechos humanos implica el trabajo conjunto de todo el entramado gubernamental, debiendo existir un Poder Judicial independiente y autónomo que se constituya como el garante de que el Legislativo y el Ejecutivo cumplan con su parte de la tarea.

#### V. Referencias

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En Courtis Christian y Ávila R. (Editores) La protección judicial de los derechos sociales.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Organización de las Naciones Unidas. Quito. 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR]. ¿Cuáles son los derechos sociales y qué aplicación tienen? 2016. Recuperado de [https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/)

Bello, Nohemí y José Fernando Vázquez. Vertientes de la justiciabilidad en México. Fontamara. México. 2019.

Calderón Gamboa, Jorge. La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. En Ferrer, Eduardo et al. Inclusión, lus Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México. 2018.

Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. Cámara de Diputados. Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. México. 2007. Recuperado de <https://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0962007.pdf>

Centro de investigación y publicación sobre las relaciones Norte-Sur. El derecho a la vivienda. Ginebra. 2007. Recuperado de <https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/Derecho-a-la-vivienda.pdf>

Congreso de la Unión. Diario De Los Debates. LII Legislatura. Comisión permanente del Primer Año de Ejercicio (Diciembre - Agosto 1983). México. Recuperado de <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/52/1er/CPerma/19830202.html>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto original. México. 1917. Recuperada de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. 2021. Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_201219.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_201219.pdf)

Fabra Zamora, Jorge Luis. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen dos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2015. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid, 2005.

Ferrando, Victoria. ¿Qué es una vivienda digna? Rentila. 2019. Recuperado de <https://www.rentila.es/blog/que-es-una-vivienda-digna/>

Gaxiola Moraila, Federico. Enciclopedia Jurídica Mexicana. 2ª ed., Porrúa-Unam. México. 2004.

Hábitat México. La familia como base de la sociedad. México, 2020. Recuperado de <https://www.habitatmexico.org/article/la-familia-como-base-de-la-sociedad>

Hábitat II. Programa Hábitat

Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos

Estambul, 1992. Recuperado de <http://habitat.aq.upm.es/agh/aproghab.html>

Hernández, Ricardo y Rivas, Héctor. El VIH/sida y los derechos humanos: guía básica para educadores en derechos humanos. Letras. México. Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/VIH/OtrasPublicacionesdeinteresrelacionadosconelVIH/Otros%20documentos%20relevantes/educadoresVIHy%20DH.pdf>

Holmes, Stephen y Cass Sustein. El costo de los derechos. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2015.

Lara Espinoza, Diana. Grupos en situación de vulnerabilidad. Colección de textos sobre Derechos Humanos. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2015. Recuperado de [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas\\_CTDH\\_GruposVulnerabilidad1aReimpr.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_GruposVulnerabilidad1aReimpr.pdf)

Ley de Vivienda. México, 2021. Recuperada de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LViv\\_140519.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LViv_140519.pdf)

Méndez, Silvestre. Problemas Económicos de México, 5ª ed., Mc Graw Hill, México 2004.

ONU Hábitat. El derecho a una vivienda adecuada. 2018. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21\\_rev\\_1\\_Housing\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2021. Recuperado de [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2021. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Pasca García, Laura. La concepción de la vivienda y sus objetos. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2014. Recuperada de [https://www.ucm.es/data/cont/docs/506-2015-04-16-Pasca\\_TFM\\_UCM-seguridad.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/docs/506-2015-04-16-Pasca_TFM_UCM-seguridad.pdf)

Pisarello, Gerardo. Los Derechos sociales y sus garantías. Trotta. Madrid. 2007.

Programa Nacional de Vivienda 2019-2024. México, 2020. Recuperado de [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/532237/Programa\\_Nacional\\_de\\_Vivienda\\_2019-2024.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/532237/Programa_Nacional_de_Vivienda_2019-2024.pdf)

Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano. México, 2020. Recuperado de <https://www.gob.mx/sedatu/documentos/programa-nacional-de-vivienda-2019-2024>

Vázquez Avedillo, Fernando. Análisis comparativo entre la segunda Carta de Derechos norteamericana y la Constitución mexicana en materia de derechos sociales. Revista Misión Jurídica, 13, (19), Bogotá, 2020. Recuperado de <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/11/A7-19-Analisis-comparativo-entre-la-segunda-carta-de-derechos-norteamericana-y-la-constitucion-mexicana-en-materia-de-derechos-sociales.pdf>

## REFLEXIONES EN TORNO A LA EQUIDAD E IGUALDAD DE GÉNERO

### Autores

Marina del Pilar Olmeda García \*

Victoria Carolina Machado González \*\*

### I. Introducción

El presente trabajo es uno de los productos de una línea de investigación amplia sobre Derechos Humanos, que se realiza en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California y que coordina la autora Marina del Pilar Olmeda García. En este estudio en particular, se trata de reflexionar sobre el tema de la mujer respecto a su situación, su lugar y su ubicación en el mundo contemporáneo. La finalidad es aportar ideas tendientes a superar la desigualdad e inequidad de género. Asimismo, se pretende entender la evolución del lugar de la mujer a través de la historia, como una responsabilidad de igualdad justa a la que se debe dar respuesta, no solo desde el ámbito de la ciencia, de la técnica y de la visión jurídica, sino como una problemática social, económica y política sobre el tema de género que afecta a la sociedad. Por lo tanto, el interés es apoyar con argumentos y generar ideas sobre cómo disminuir la brecha de la desigualdad e inequidad existente en esta materia.

El objetivo de este estudio es analizar la situación de mujeres y niñas en el mundo contemporáneo, partiendo de un análisis histórico y social, a través de la investigación sobre el significado de ser mujer y niña, para proponer ideas de un mejor y necesario avance desde el ámbito de la teoría y de la normatividad, con énfasis en la finalidad por alcanzar una igualdad y equidad que reconozca el lugar de las mujeres, niñas y su dignidad en los distintos ámbitos donde se desarrollan. Por lo tanto, se pretende aportar orientaciones para el alcance de la igualdad y equidad de mujeres y niñas en nuestra sociedad. En esta forma, el presente trabajo ofrece una reflexión ordenada sobre la naturaleza del género femenino y los desafíos que aún enfrenta en el presente.

---

\*Profesora - Investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California, México; Doctora en Educación, por la Universidad Iberoamericana y Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha; Integrante del Sistema Nacional de Investigadores; SNI-II; del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de las Redes Mexicanas e Internacional de Posgrado en Derecho; Responsable del Cuerpo Académico Estudios Sociales y Jurídicos, Derechos Humanos y Seguridad Pública. Es autora de varias obras individuales y colectivas, así como artículos científicos.

\*\* Licenciada en Derecho - Alumna de Especialidad en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Baja California, México.

La metodología aplicada para este trabajo tuvo un tratamiento tanto cualitativo como cuantitativo, con apoyo en el método deductivo, analítico y dialéctico a través del análisis doctrinal, normativo y de insumos estadísticos, sin olvidar la revisión de las políticas públicas, y acciones gubernamentales, además de experiencias internacionales exitosas.

En su integración, el trabajo se sistematiza en un primer apartado con la construcción de la diferencia de género, donde se desarrolla un breve análisis de la evolución de los derechos y situación de las mujeres y niñas a través de la historia. Se continúa con el marco teórico sobre el reconocimiento de los derechos de las mujeres, que examina el significado de ser mujer desde diferentes puntos de vista sobre el tema, a eso se agrega una descripción de lo que debemos celebrar en el día de la mujer. Posteriormente, se expone el apartado sobre la protección internacional de los derechos de la mujer. Seguidamente, se integra el apartado sobre los derechos de las mujeres en México. Se cierra con las consideraciones finales, que a manera de conclusiones integran orientaciones y recomendaciones sobre este necesario tema de análisis.

### I. La construcción de la diferencia de género

La perspectiva de género es un tema relativamente nuevo, que tuvo su consolidación como área del conocimiento en los años ochenta y principios de los noventa. La desigualdad entre hombres y mujeres es tomada como determinante en el ámbito laboral, político, para referirse a “ocupaciones propias para hombres” y “ocupaciones propias para mujeres”. Para referirnos al origen de la palabra “género”, se deriva de un término del inglés *gender*, y que crea confusiones entre las personas hispanohablantes. En el idioma castellano, la palabra “género” es un concepto taxonómico que se utiliza para clasificar a qué especie, tipo o clase pertenece alguien o algo; y en este caso, como conjunto de personas con un mismo sexo, es decir, se habla de las mujeres y los hombres como género femenino y género masculino (Lamas Marta, 2000, p.2).

Igualmente, Marta Lamas sostiene, que “la nueva acepción de género se refiere al conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres” (Lamas Marta, 2000, p.3).

La construcción de la diferencia sexual ha sido la base para una organización a lo largo de la historia, que buscaba dividir las actividades específicas para hombres y para mujeres. Por esta razón, el género es la construcción sociocultural de la diferencia sexual y que asigna diferentes roles y valores a hombres y mujeres (Manual de gente diversa, 2014, p.10).

Cuando se intenta encontrar el origen de la desigualdad entre los géneros, la razón menos ilógica a que se llega, es que se consideró necesario la división del trabajo con base en las mejores potencialidades y habilidades de los géneros. Algunos responden a esto, que lo que estigmatiza y discrimina no es el género, sino los prejuicios y temores, que buscan reducir los espacios de participación y desenvolvimiento de las mujeres. “Durante siglos, las mujeres no tuvieron acceso al reconocimiento de su inteligencia, siendo educadas para ‘servir’ y ‘cuidar’ y supeditarse a los deseos del varón: primero el padre, luego el esposo y al final el hijo” (Manual de gente diversa, 2014, p.12).

Esta división de las funciones por género originó un desequilibrio y desigualdad que la humanidad reconoció incipientemente hasta finales del siglo XIX. Se intentó revertir esta tendencia con acciones y programas en el siglo XX, a ritmos y con avances desiguales en las distintas regiones del mundo, por la misma asimetría que existe entre naciones ricas y pobres.

Sin embargo, es evidente que la perspectiva del género femenino era notoriamente diferente en la época antigua, de tal modo que no representaban una figura artística, literaria, científica, política, entre otras, del mismo modo que el género masculino. La mujer destacaba por sus virtudes y por la descripción de los hombres, pero no eran consideradas iguales a los hombres.

La condición subordinada de la mujer se refleja con fuerza y notoriedad en variadas organizaciones sociales y religiosas desde los tiempos más antiguos, y se evidencia en las siguientes afirmaciones: “Sentirás atracción por tu marido, y él te dominará” (La biblia católica para jóvenes, 2015, Génesis 3,16); “existe un principio bueno que creó el orden, la luz y el hombre, y un principio malo que creó el caos, la oscuridad y la mujer” (Pitágoras, 582-507 aC), y “es ley natural que la mujer esté sometida al hombre” (Confucio 500 aC). Estas afirmaciones sobre el sometimiento y subordinación de las mujeres, demuestran la difícil realidad que enfrentaban diariamente y la necesidad de la evolución femenina a través de la historia por alcanzar sus derechos, equidad e igualdad.

Los historiadores exponen que antes de la cultura hebrea, en la península de Arabia se establecieron los semitas o hijos del Sem, quienes eran nómadas y con tradiciones en el pastoreo. Esta sociedad era patriarcal porque el padre constituía la cabeza de la familia y las mujeres eran reducidas a la servidumbre y a ser compradas o capturadas (Carvajal Mena Ligia, 2014, p.6).

En la antigua Roma, la participación femenina estaba relacionada solo por razones de sucesión de la especie y de servicio; es decir, asegurar la continuidad de la sangre y servir al amo. Roma consolidó en su construcción jurídica, una diferenciación sexual entre hombres y mujeres que perduraría por muchos siglos (Martha Patricia Irigoyen Troconis, 2006, p. 254). En este sentido, el estatus social de la mujer en Roma era desigual al del hombre, y se destacaba en los roles familiares y civiles. Un ejemplo de esto es la figura del *Sui iuris*, que consistía en la posición que un individuo tiene en el ámbito de las relaciones familiares, de la cual depende la posibilidad de poder acrecentar o disminuir su capacidad jurídica. De acuerdo al derecho romano, las personas con el carácter de *Sui iuris* tenían reconocimiento en tres status: *libertatis*, *civitatis* y *familiae*. Para que una persona pueda ejercer su poder sobre los *alieni iuris*, requería ser un varón con plena capacidad de ejercicio y se le denominaba *pater familias*.

Los *Alieni iuris* estaban sujetos a la potestad del *pater familias* y su capacidad jurídica era muy reducida. La mujer podía ser *sui iuris*, pero no podía ejercer poder sobre ningún miembro de la *domus*; por lo que, para que pudiera actuar con facultades jurídicas requería la autorización de su tutor. La mujer que contraía nupcias *cum manu* con el *pater familias* o con alguno de los varones sometidos a este, quedaba sometida bajo este poder (Moranchel Pocaterra, Mariana, 2017, p.47). Así, en los estudios sobre la condición femenina en Roma en relación a su “emancipación”, se afirma que esta fue lenta pero progresiva en su liberación del patrón masculino. Martha Patricia Irigoyen Troconis afirma que este proceso parece consolidarse a partir del siglo I a.C., en razón de

la crisis republicana, y perdura durante gran parte de la época imperial, prácticamente hasta el advenimiento del cristianismo (Irigoyen Troconis, Martha Patricia, 2006, p. 258).

Otra sociedad antigua lo constituyó la cultura China, que representa un caso de contrastes socio-políticos en la delimitación del lugar de la mujer. Se afirma, que en esta sociedad se observa frecuentemente la familia matriarcal, a la vez que las mujeres en general eran marginadas de toda actividad que implicara prestigio social y poder, situación que perduró hasta el siglo XX (Pérez de los Reyes, Marco Antonio y García Sánchez, Enrique Inti, 2018, p.195). Se sigue afirmando, que la mujer en la antigua China tenía una posición social muy baja y su papel consistía en ser únicamente *esposa virtuosa* y *buena madre*. No se le permitía que se liberara ni podía alcanzar un estatus igual al del hombre. Evidentemente, experimentaron muchos sufrimientos, pero sobrevivieron a esta marginación e injusticia; denotando un poderoso espíritu que hoy en día destaca libremente en comparación a estos siglos llenos de oscuridad. (Lien Tan, Pan, 2005, p.392).

Por lo que respecta a la Grecia Clásica, se observa en el estudio realizado la condición de desigualdad e inequidad de la mujer, en donde destaca un punto interesante respecto a la mujer en el ámbito profesional relativo a la práctica de la medicina y la obstetricia en donde las mujeres no tuvieron aceptación en esta sociedad; así quedó establecido en la legislación que prohibía el ejercicio de esta profesión a las mujeres. La historia registra el caso de Agnódice, conocida como la Comadrona de Atenas, quien se negó a cumplir esta normativa y simuló ser hombre para poder desempeñar la profesión hasta que fue descubierta y llevada a juicio público. Este caso discriminatorio de la mujer no quedó aislado en su época, sino que se repitió en Europa como en América Latina (Arauz Mercado, Diana, 2015, p. 182).

En la época moderna, se observa un avance de la participación de la mujer en las áreas sociales y educativas. De acuerdo a Pérez Sedeño, se dieron tres momentos que marcan la lucha de las mujeres en su acceso a la educación: El Renacimiento y la Revolución Científica a mediados del siglo XVII, cuando la sociedad argumentaba sobre la capacidad biológica de las mujeres para estudiar; un segundo momento fue la propuesta de las mujeres al acceso de educación de alto nivel y sin restricciones a mediados del siglo XIX; y un tercer momento se identifica en la segunda ola del feminismo en el siglo XX en los años setenta (Fernández Rius, Lourdes, 2012, p. 94 y 95). Consecuentemente, las mujeres tuvieron derecho a la educación hasta el siglo XIX: Suiza 1860, Inglaterra 1870, Francia 1880, Alemania 1900.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, un gran número de mujeres y niños laboraban en las fábricas por razones de la demanda de mano de obra, pero con bajos salarios (Casares García Esther, 2008, p.1). Un suceso trascendental y fundamental para este tema fue el 8 de marzo de 1857, cuando trabajadoras textiles de la Triangle Shirt Waist Company, de Nueva York, protestaron para denunciar las pésimas condiciones de trabajo y seguridad. En esta lucha, se negaron a desalojar el lugar, por lo que fueron atacadas con bombas incendiarias ocasionando la muerte de 146 trabajadoras.

Posteriormente, el 8 de marzo de 1908, obreras de la fábrica Cotton en Nueva York, tomaron el establecimiento para demostrar su rechazo por el trabajo infantil, para demandar mejores salarios, disminución de la jornada laboral y tiempo para la lactancia. El propietario cerró las puertas con

candados y prendió fuego a las instalaciones. Murieron 129 obreras, suceso que quedó marcado dramáticamente como un hecho emblemático de la lucha de las mujeres por sus derechos a nivel mundial (Cátedra UNESCO de Derechos Humanos, UNAM-México, 2010).

El 28 de febrero de 1909, se celebró en Estados Unidos el Día Internacional de la Mujer. Después, en 1910, la II Conferencia Internacional de Mujeres Socialistas proclamó el Día de la Mujer de carácter internacional como homenaje al movimiento a favor de los derechos de las mujeres. Al siguiente año, en 1911, se celebró el Día Internacional de la Mujer el 19 de marzo en Alemania, Austria, Dinamarca y Suiza. En este momento, eran más los derechos que se exigían, además del derecho al voto y ocupar cargos públicos, se exigía el derecho al trabajo, a la formación profesional y a la no discriminación (Boletín Igualdad Empresa XLV, 2018, p.4). Estos avances producidos en las relaciones de género por la incorporación de la mujer al mundo del trabajo han marcado las postrimerías del siglo XX (Casares García, Esther, 2008, p.1).

Las demandas del reconocimiento de los derechos de las mujeres inicialmente exigían el derecho al voto. En el Reino Unido se destacó también, que la lucha por el establecimiento del sufragio femenino se presenta en el año 1866, cuando fue rechazado por el Parlamento la propuesta de John Stuart Mill (1806- 1873), que fue firmada por 1.500 mujeres (Hernández Ledezma, Seny, 2014, p.160). Esta necesaria inclusión permitió la equidad e igualdad de las mujeres para su justa consideración en los otros asuntos. En Suecia “la presencia de las mujeres en el Parlamento ha ocasionado que los temas relacionados con los intereses de las mujeres adquieran mayor relevancia en el debate político; se ha logrado sensibilizar el ambiente legislativo para que las cuestiones de género estén en la agenda de la mayor parte de los actores políticos” (Wangnerud, Lena, 2000, p.23).

En Estados Unidos, donde los diversos Estados de la Unión a partir de los movimientos feministas aprobaron leyes para la igualdad de derechos. “Wyoming (EEUU) fue el primer estado que otorgó el voto femenino durante el año de 1869; sin embargo, no fue sino hasta 1893, cuando Nueva Zelanda se convirtió en el primer país que concedió el derecho de sufragio a las mujeres. Las mujeres estadounidenses no consiguieron el derecho al voto sino hasta 1920” (Hernández Ledezma, Seny, 2014, p.159).

A lo largo del siglo XX, los países fueron reconociendo el derecho al voto de las mujeres en el siguiente orden: “En Estados Unidos 1890, Nueva Zelanda 1893, Australia 1901, Finlandia 1906, Noruega 1913, Dinamarca e Islandia 1915, Gran Bretaña 1918, España 1931, Francia 1944, Italia 1945, México 1953, y Suiza 1970, por mencionar algunos países” (Ferrusco Muñiz, Irma, 2011, p.91).

La participación política-electoral de la mujer estuvo negada hasta el siglo XIX, con excepción de breves periodos y escasos lugares. A manera de ejemplo se encuentra que, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, plantea, que “la democracia es más que un conjunto de condiciones para elegir y ser electo, que es también una manera de organizar la sociedad con el objeto de asegurar y expandir los derechos de las personas. Se acepta que en este propósito participa toda la sociedad en sus diferentes segmentos; no obstante, en el caso de la mujer, las condicionantes culturales han limitado sus derechos, desde negarles toda participación en esta

materia, hasta limitar su acceso a cargos de representación” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 2007). Así, en esta forma, la participación política de la mujer que estuvo negada hasta el siglo XIX, con excepción de breves periodos y escasos lugares, en el siglo XX alcanzó su reconocimiento.

Respecto a América Latina, el movimiento feminista ha propuesto la justa participación de la mujer. El primer reconocimiento del derecho al voto para las mujeres “se estableció en Ecuador en 1929, seguido un año después por Chile y dos años después por Uruguay. Treinta años más tarde finalizó la reivindicación política de la mujer al darle a la mujer el derecho al voto en la región, cuando Paraguay y El Salvador lo incorporaron en sus textos constitucionales de 1961” (Hernández Ledezma, Seny, 2014, p.161).

Un acontecimiento importante en el avance de los derechos femeninos fue la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 en su Plataforma de Acción Mundial, PAM. Esta conferencia mundial se diseñó bajo dos objetivos estratégicos en materia de poder y toma de decisiones. Así, los Estados se comprometieron con los objetivos de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de la ONU, para revertir la exclusión femenina de los órganos del poder político. Se aceptó que la situación precaria de las mujeres en la sociedad, no tiene que ver con su capacidad biológica, sino con procesos históricos de diferenciación. Para cumplir con estos objetivos, se realizaron acciones afirmativas o de discriminación positiva.

Cabe recordar, que el Consejo General del Instituto Federal Electoral con base en estos objetivos, crea la Unidad Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación, adscrita a la Presidencia de este Consejo General: “G.1: Adoptar medidas para garantizar a la mujer igualdad de acceso y la plena participación en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones, y G.2: Aumentar la capacidad de la mujer de participar en la adopción de decisiones y en los niveles directivos” (Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se crea la Unidad Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación, adscrita a la Presidencia del Consejo General, 2013).

Un ejemplo del avance que generó esta IV Conferencia de la Mujer de Beijing es la implantación de cuotas mínimas de representación por sexo, consistente en reservarles a las mujeres una porción determinada de las candidaturas a puestos de elección popular, de la administración pública y de los órganos partidarios. En los países escandinavos, “el proceso de introducir el principio de cuotas de mujeres, éstas se están convirtiendo en una masa crítica” (UUNN, 2000, p. 186). En México el derecho al sufragio de la mujer, si bien se reconoció en la Constitución Federal en 1953, esta materia por tratarse de un país federado se regula y atiende por entidades federativas, porque el área electoral tiene un régimen compartido Federación/Estado. En este sentido, cada Estado fue reconociendo los derechos ciudadanos de las mujeres. A manera de ejemplo, “Baja California, desde su primera Constitución de 1953, se concedió el derecho de sufragio a las mujeres” (Olmeda García, Marina del Pilar, 2012, p.17.).

## II. Marco teórico sobre el reconocimiento de los derechos de las mujeres

Los derechos de la mujer se constituyen en un tópico ubicado en la esencia de valores fundamentales para el desarrollo y convivencia humana, como elemento de la justicia y la democracia. En efecto, los derechos de las mujeres son un elemento estructural de la justicia sobre la igualdad y la equidad, y forman parte de la democracia cualitativa, como valores del patrimonio universal de todos los seres humanos, hombres y mujeres en la participación igualitaria, en los diferentes ámbitos del quehacer humano: en la familia, en el trabajo, en lo profesional, en lo económico, y por supuesto en la política, es decir, en toda relación interpersonal.

Así, es de gran importancia el reconocimiento al valor del género femenino, que promueven organizaciones de la sociedad civil, instituciones gubernamentales y organismos internacionales. Reconocimiento que tiene implícita una mayor toma de conciencia de los derechos, de la dignidad, igualdad, equidad y de las capacidades de las mujeres.

El Estado del Arte sobre el derecho de las mujeres integra un desarrollo teórico amplio y profundo, es decir, lo suficientemente aceptable, a través de la construcción de varias doctrinas en las que se ha llegado a la convicción de que es indiscutible que el reconocimiento de los derechos de las mujeres y la aceptación de que sus potencialidades aportan a la humanidad seguramente con mayores y mejores alcances, la creatividad, iniciativa, sensibilidad, dedicación, entrega y espíritu de sacrificio que caracteriza a la naturaleza femenina.

En el desarrollo teórico sobre los derechos de las mujeres, la igualdad y equidad de género se han construido importantes corrientes teóricas, en las que destacan o se ubican: Feminismo liberal, Marxistas-Feministas, Feminismo radical, Catolicismo y condición femenina y Feminismo posmoderno. A continuación, se realiza una breve pero provechosa descripción de estas teorías.

**a) Feminismo Liberal.-** En esta corriente se defienden los valores de libertad, como es destacado en su denominación, así como los valores de dignidad, igualdad y autonomía que parten del pensamiento sobre la libertad. Se considera que las mujeres son oprimidas porque no se les trata igual que a los hombres, y exigen igualdad de oportunidades formales, materiales o reales para poder erradicar la discriminación. Las autoras que sostienen esta corriente son, entre otras, Betty Friedan, Karen Gregen, Genevieve Lloyd, Jane Richards y Susan Okin (Villarreal Peña, Yetzy U. 2007, p.68). Cabe mencionar que Betty Friedan es autora de la obra "La mística de la feminidad", publicada en 1963 y creó en 1966 la Organización Nacional para Mujeres, NOW (Ricoy, Rosa, 2015, p.482).

Se entiende en esta teoría, que "mediante explicaciones marxistas de la posición de la mujer, las mujeres son explotadas y explotan en parte sobre la base del género y en base sobre la posición de clase" (Montesó Curto, Pilar, 2014). Esta corriente pretende que la mujer sea incorporada en condiciones iguales por medios políticos, para crear igualdad de oportunidades y generar leyes que lleven al reformismo. Se busca que las mujeres tengan los mismos derechos y la misma representación en los planos nacional e internacional y busca la producción de leyes, que no sean femeninas o masculinas sino más humanas. Las aportaciones de esta corriente se concentran en el rol de la mujer en el tema de desarrollo. (Villarreal Peña, Yetzy U. 2007, p.69).

**b) Marxistas-Feministas.-** Desde las raíces del marxismo se denota una relación con el feminismo, porque puede afirmarse que es la primera corriente crítica de la historia que expone las relaciones humanas en clave de dominación y subordinación, con una visión similar a lo que plantea el feminismo. Sin embargo, "el marxismo no tiene ninguna capacidad explicativa para analizar otro sistema de dominación: el patriarcado, la dominación de los hombres sobre las mujeres. De ahí que se sientan próximos y, al mismo tiempo, polemicien constantemente" (Lagunas Vázquez, Magdalena, et. al., 2016). En este sentido, la teoría feminista marxista insiste en asegurar que no basta con señalar que las mujeres viven en una sociedad patriarcal, en razón de que la abolición del capitalismo es una condición necesaria para poder liberar a las mujeres, porque la sociedad capitalista sostiene las prácticas e ideologías patriarcales (Vargas Arenas Iraidis, 2008).

Esta corriente feminista hace énfasis en el problema de la desigualdad socioeconómica, para entenderla desde su vinculación con la desigualdad sexual. En este sentido, "la opresión de las mujeres no es producto 'de la ignorancia o de las actuaciones intencionadas de individuos sino producto de las estructuras políticas, sociales y económicas asociadas al capitalismo'. Exige igualdad de acceso a los recursos. Sus representantes más importantes son Heidi Hartmann, Silla Eisenstein, Juliet Mitchell, Sheila Rowbothan y Alison Jaggar (1983)" (Villarreal Peña, Yetzy U. 2007, p.69).

La investigadora y ganadora del Premio Nobel Alternativo, Shiva Vandana (videoconferencia, 2007) citada por Iraidis Vargas Arena explica, que la opresión que sufren las mujeres está relacionada con el deterioro de la naturaleza porque los valores patriarcales producen ambos problemas, por tanto acota, "es necesario reivindicar valores que se consideran femeninos ya que, al tener un origen común la dominación y explotación de la naturaleza y la de las mujeres, ello sitúa a las mujeres en una situación privilegiada para acabar con dichas dominación y explotación" (Vargas Arenas, Iraidis, 2008).

Resalta en esta corriente las consideraciones sobre el trabajo doméstico, cuando explican que la ideología patriarcal y capitalista justifica el trabajo doméstico no remunerado de las mujeres, y las desigualdades que se manifiestan en el trabajo formal. Los hombres obtienen de esta ideología y costumbre, ventajas obvias en la comunidad doméstica y fuerza de trabajo en el mercado formal (Vargas Arenas, Iraidis, 2008).

En esta misma corriente teórica, Federici (2014), citado por Magdalena Lagunas Vázquez, explica, que sólo al reconocer la labor de las mujeres en el hogar, mediante un salario, se podrá transformar una actividad esclavizante y explotadora, que se realiza en un trabajo socialmente reconocido. Sigue manifestando la autora, que el capitalismo niega el salario para el trabajo doméstico y hace creer a las mujeres que su trabajo en el hogar es solo un acto de amor, "el capital ha obtenido una cantidad increíble de trabajo casi gratuito, y se ha asegurado de que las mujeres, lejos de rebelarse contra ello, busquen obtener ese trabajo como si fuese lo mejor de su vida. El capitalismo devalúa la reproducción, y eso significa que devalúa nuestras vidas para continuar devaluando la producción de trabajadores. Las mujeres no están afuera de la clase trabajadora, la lucha feminista debe estar totalmente imbricada en la lucha trabajadora" (Lagunas Vázquez, Magdalena, et. al., 2016).

**c) Feminismo radical.-** Esta corriente está relacionada con los movimientos por los derechos humanos en Estados Unidos de 1960 a 1970. El feminismo radical busca “erradicar el patriarcado para liberar a la mujer de la dominación del hombre”. Busca una reconstrucción radical de la sexualidad en instituciones jurídicas, políticas y económicas y enfatizar los valores femeninos. Sus principales autoras son Germanine Greer, Shulamit Firestone, Eva Figes y Mary Daly (Villarroel Peña, Yetzy U. 2007, p.69).

Esta corriente refiere a los hombres como los culpables de la explotación de la mujer, “La raíz es la opresión patriarcal que hace que los hombres usen su fuerza bruta para someter a otros. Para ellas, como el patriarcado es un fenómeno sistémico, la igualdad entre los géneros solo podrá obtenerse derrocando el orden patriarcal” (Montesó Curto, Pilar, 2014). Por lo tanto, el objetivo del feminismo radical es transformar el sistema. Esta corriente realiza una crítica enfocada a la fundamentación epistemológica sobre la ciencia, en la que el mundo se organiza y explica en un modelo patriarcal (Villarroel Peña, Yetzy U. 2007, p.69).

**d) Catolicismo y condición femenina.-** La ideología católica ha pautado el “deber ser” de las personas respecto a las identidades sexuadas y su importancia en el ámbito familiar durante siglos. La iglesia reconoce la importancia de la estabilidad social mediante esta visión sobre la concepción en la diferencia sexual. Sin embargo, esta visión predispone a una mujer doméstica, y se busca ejercer un control social sobre la moralidad y la sexualidad para cuidar los valores religiosos en el hogar (Bracamonte, Lucía, 2012).

El catolicismo y condición femenina explica, que “algunas mujeres desobedecen dentro de los mismos grupos religiosos marginales o en espacios seculares, por ejemplo, en las universidades, asociaciones civiles o partidos políticos, mujeres laicas o consagradas participan en el debate público. Escriben libros, imparten cursos, dictan conferencias, polemizan en congresos, gestionan proyectos, participan en marchas y ruedas de prensa, administran redes sociales y realizan rituales. Teólogas feministas, catequistas, activistas o monjas cuestionan la subordinación de las mujeres dentro y fuera de sus iglesias, razonan sobre su fe y argumentan sobre la igualdad ante los ojos de su Dios” (Bellon Cárdenas, Elizabeth, 2017, p.96).

**e) Feminismo posmoderno.-** Esta corriente se centra en la condición de género, enfocada en la identidad de la mujer y su relación con el conocimiento. Parte de un cuestionamiento sobre la ciencia moderna, se aleja de la teoría integrada y es escéptica sobre las nociones de la racionalidad y verdad, no cree en los procesos emancipadores universales. En relaciones internacionales, este tipo de feminismo tiene dos vertientes: “el feminismo posmoderno (no esencialista) que busca la deconstrucción de la autoridad y la idea de hombre soberano, donde la identidad no se comprende ni existe sino en función del otro”. Por el otra parte, el posmodernismo feminista (esencialista), sostiene que las diferencias entre el hombre y la mujer “se centra en el estudio de las fuerzas y limitaciones de una identidad heredada, de forma tal de poder dotar a la mujer con las mismas capacidades que el hombre” (Villarroel Peña, Yetzy U. 2007, p.71).

No obstante, esta corriente se refiere más a la situación de género y la construcción social de las diferencias entre mujeres y hombres, el feminismo se entiende como una corriente que pretende el cambio y niega todo lo que deslegitime a los diferentes actores sociales. “La vertiente crítica se

concentra en el problema de la construcción del género, haciendo énfasis en las condiciones a las que se ve sometida la mujer en su participación y cómo se controla su acceso a las posiciones de poder” (Villarroel Peña, Yetzy U. 2007, p.73).

Estas son algunas de las corrientes femeninas que han aportado al movimiento distintas percepciones y acciones para contribuir a la obtención de una visión más justa, igualitaria y equitativa para las mujeres. Por lo tanto, se entiende que el justo reconocimiento de los derechos de las mujeres es obra de una evolución histórica, política, social y jurídica, y que partió de una necesaria comparación con el sexo masculino para lograr la equidad e igualdad reconocida en el presente. Evidentemente, existen diferencias biológicas y psicológicas entre los géneros masculino y femenino. Estas diferencias deben ponderarse como fortalezas y debilidades que se complementan, por lo que es una de las primeras desigualdades que deben superarse, así lo explica la antropología filosófica cuando aborda la igualdad y justicia entre los seres humanos, que es la desigualdad que se da en la relación hombre-mujer. Igualmente, se sostiene que, para llegar a ser realmente hombre o mujer, se debe ser antes persona y desarrollar el potencial de cada una de nuestras dimensiones humanas. Por esto, en lugar de fomentar la superioridad de un sexo, se debe impulsar la formación integral del ser humano y de la sociedad.

Cabe precisar, que este razonamiento no se materializa en la renuncia, como si fueran deleznable, a todos los valores considerados tradicionalmente como femeninos, para abrazar exclusivamente los valores de la competencia y del éxito y tantos otros agresivos. Hay que pensar más en feminizar el mundo y menos en masculinizar a la mujer. Una convivencia más equitativa y con igualdad se logra a través de mejorar la calidad de vida para todos y no sólo para un género en específico, por lo tanto, se deben rescatar valores como la solidaridad, comprensión, empatía, prudencia, compasión, gratitud, ternura, respeto, generosidad y en sí, los valores fundamentales para una buena relación humana.

La lucha por el justo reconocimiento de derechos humanos para las mujeres se dio a la par de la evolución de las sociedades humanas. Actualmente, es absurdo considerar a un ser humano como “cosa” al igual que la Antigua Roma, en razón de que todas las personas deben de gozar de los mismos derechos, sin importar su color de piel, nacionalidad, entre otros motivos que generaban discriminación. Por este motivo, sería absurdo nuevamente considerar que una persona no puede gozar de los mismos derechos humanos que otro solo por su género (Elizondo Gasperín, María Macarita, 2015, p.55).

Los derechos de las mujeres y niñas deben reflejar su equidad e igualdad en la sociedad, permitir su autorrealización y promover el respeto por sí mismas, para erradicar el sometimiento, la humillación y ser tratadas como un objeto de uso o de lujo. Los derechos de las mujeres no impulsan la competencia entre ambos géneros, sino que favorecen la equidad e igualdad que comparten las semejanzas y celebra las diferencias de ambos.

Esta afirmación se ratifica por la preocupación y las acciones de organizaciones internacionales, de los gobiernos nacionales y de la propia sociedad civil. Así lo reconoce la comunidad internacional, como la Organización de las Naciones Unidas, ONU, al instituir la comisión sobre la condición jurídica y social de la mujer; al seno de esta organización se celebra cada cinco años

la Conferencia Internacional de la Mujer. La Organización Internacional del Trabajo, OIT, desarrolla una veta disciplinaria sobre asuntos de la mujer y en el mismo sentido trabaja la Comisión para la Cooperación Económica para América Latina.

Efectivamente, la mujer atesora caracteres únicos y virtudes intrínsecas a su persona, sin embargo, es necesario desarrollar particularmente lo que significa ser mujer:

La mujer autorealizada es la que se respeta a sí misma, que no confunde la abnegación con el sometimiento y la humillación, que no permite ser utilizada como un objeto de uso o de lujo, sino que exige un trato de persona con una dignidad inalienable y que no utiliza su sensibilidad y su ternura como un arma de chantaje emocional. Es una mujer que no entabla una lucha abierta o encubierta en contra del hombre, sino que favorece una comunicación y una relación interpersonal sana, en la que comparte las semejanzas y celebra las diferencias.

Un ser humano integro es aquel que no dependa de otros, pero que permanece abierto a la interdependencia, vive en una actitud de servicio sin convertirse en esclavo, está abierto a aprender de cada momento, de cada persona, de cada situación, de cada experiencia. Es una persona capaz de escuchar, de atender, de aceptar, de comprender y de amar, es transparente, autentico y libre.

No nos dejemos llevar por las estadísticas de mujeres presidentas, de mujeres creadoras, de mujeres ministras, de mujeres rectoras, de mujeres diputadas. Deben llevarse estadísticas de mujeres satisfechas con la misión de ser mujer, con la cara alta, con la mirada clara, con la conciencia abierta a la maternidad educadora que engendra sus actos sin la ficción de la hombría, con el criterio limpio de “soy y tengo derecho”, el destino de la mujer está ligado al destino de la familia, de la sociedad, de la humanidad.

### III. La protección internacional de los derechos de la mujer

Existe un amplio desarrollo normativo universal, internacional y regional que protege los derechos de las mujeres y niñas. Primeramente, se destaca la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer de 1933. En esta convención se acordó que no se haría distinción alguna basada en el sexo en materia de nacionalidad ni en la legislación ni en la práctica. Sin embargo, es fundamental mencionar que la protección más destacada comienza con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en razón de estipular en su primer precepto, “que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

A partir de la visión igualitaria y equitativa que resulta de una lucha constante en la historia, las Naciones Unidas y ciertos países incorporaron nuevos instrumentos internacionales para proteger los derechos humanos de las mujeres. A continuación, se presentan los instrumentos para la protección internacional más importantes:

1. Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, 1948. En esta convención se estableció que “los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre”.

2. Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer, 1948. Se convino que “el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá restringirse o negarse por razones de sexo”.

3. Convención sobre Igualdad de Remuneración entre la mano de Obra Masculina y la mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951. Se determinó que para los efectos de este convenio: a) el término “remuneración” comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último, b) la expresión “igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

4. Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, 1952, firmado por todos los países miembros de las Naciones Unidas. Se decretó lo siguiente: Artículo I.- Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna. Artículo II.- Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna. Artículo III.- Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966. Este pacto expone en su art. 3º, que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966. Igualmente, este pacto mandata en su precepto 3º, que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto” y el reconocimiento al derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: “i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; (...)”.

7. Primera Conferencia Mundial sobre Igualdad de la Mujer, México, 1975. Se promovió la igualdad plena de género y la eliminación de la discriminación por motivos de género: La integración y plena participación de la mujer en el desarrollo y una contribución cada vez mayor de la mujer al fortalecimiento de la paz mundial.

8. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, SEDAW por sus siglas en inglés, Copenhague, 1979, Segunda Conferencia Mundial. Para los efectos de esta convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la mujer.

9. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en 1993. Se realizó en Viena y se afirmó, que “la plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo con objetivos prioritarios de la comunidad internacional”.

10. Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, en Nairobi, 1985, Tercera Conferencia Mundial. Se identificaron tres categorías básicas de medidas: Medidas constitucionales y legales, igualdad en la participación social, igualdad en la participación política y en la adopción de decisiones.

11. Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, 1994. Esta conferencia se realizó en Cairo y “se señaló como meta decisiva la igualdad y equidad de género, siendo necesario para ello asegurar la educación de las mujeres, su plena participación en la formulación de políticas y en la toma de decisiones, así como la eliminación de obstáculos que la discriminan en el empleo y la salud y promueven la explotación y la violencia” (Castañeda Rivas, María y Kurczyn Villalobos, Patricia, 2015, p.61).

12. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, 1994. Se estipuló que todas las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Mismo que establece textual en su artículo tercero, además sienta las bases de legislación internacional en el tema, haciendo que se incluyan términos muy específicos y detallados dentro de esta misma ley.

13. IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, de la que surgió la Plataforma de Acción Mundial, PAM. En este acuerdo se adoptaron medidas concretas por parte de los gobiernos y la sociedad civil, sobre temas como: las mujeres y la pobreza, la educación y la capacitación de las mujeres, las mujeres y la salud, la violencia contra las mujeres, las mujeres y los conflictos armados, las mujeres y la economía, la participación de las mujeres en el poder y la adopción de decisiones, los mecanismos institucionales para el adelanto de las mujeres, los derechos humanos de las mujeres, las mujeres y los medios de comunicación, las mujeres y el medio ambiente y las niñas.

14. Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe, PAR, 1995-2001.

15. Comisión Interamericana de Mujeres, XXIX Asamblea de Delegadas del 16 al 18 de noviembre de 1998 en la sede de la Organización de los Estados Americanos en Washington. En esta reunión, las delegadas aprobaron 15 resoluciones, de las cuales se destacan los Derechos legales igualitarios para las mujeres, Plan de acción sobre la participación de la mujer en las estructuras de poder y toma de decisiones, Fortalecimiento y modernización de la Comisión Interamericana de Mujeres, y la Comisión Interamericana

de Mujeres y la Sociedad Civil (Castañeda Rivas, María y Kurczyn Villalobos, Patricia, 2015, p.62).

16. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1999. El 10 de diciembre de 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas pactó un Protocolo Facultativo, “el Protocolo Facultativo” a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, “la Convención”. Este protocolo faculta a los integrantes del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer para conocer denuncias de individuos o investigar “violaciones graves o sistemáticas” en todos los países adheridos a la ONU.

17. Mujer de zonas rurales, 1999. El día 4 de octubre de 1999 se celebró en Roma, Italia, una reunión de Consultas de Alto Nivel acerca del tema de Mujeres de las Zonas Rurales e Información organizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (Castañeda Rivas, María y Kurczyn Villalobos, Patricia, 2015, p.61).

18. Sexta Conferencia sobre los derechos de la Mujer, 2000. Se realizó en Lima, Perú en diciembre del año 2000, y se discutió sobre los derechos de la mujer al empoderamiento económico y la inclusión en todos los niveles de los procesos de toma de decisiones, asimismo, “los expertos proveyeron capacitación práctica y teórica para 100 profesionales, en asuntos legales y políticos, de toda América Latina y el Caribe” (Castañeda Rivas, María y Kurczyn Villalobos, Patricia, 2015, p.63).

Estos instrumentos internacionales comprometen y obligan a los Estados a cumplir con la responsabilidad de aplicar y ejecutar políticas públicas activas para garantizar a la población general, y de manera especial a las mujeres y niñas, garantizar sus derechos, la igualdad y equidad, para propiciarles el acceso a una educación que las prepare para el ejercicio de sus derechos y de la ciudadanía plena; la participación equitativa en los niveles de decisión y el reparto igualitario de las responsabilidades familiares y domésticas; superar los obstáculos en la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres, garantizar los derechos civiles y políticos, la erradicación de discriminación y la violencia, así como promover la igualdad de género y la autonomía personal, económica, social, política y cultural de las mujeres para que puedan participar, en igualdad de condiciones, en todos los espacios y niveles de deliberación y toma de decisiones.

#### IV. Los derechos de las mujeres en México

La evolución histórica de la perspectiva de la mujer ha sido cambiante y necesaria para establecer la igualdad y equidad que sustentan los ordenamientos jurídicos mexicanos en la actualidad. Estos instrumentos han sido necesarios para detener las injusticias que se desarrollaban en la cotidianidad de las mujeres en las distintas áreas de su vida durante siglos. “En este ámbito, México ha hecho importantes contribuciones y también ha adquirido compromisos claros internos y externos para combatir la discriminación por género, ya que tradicionalmente en el país se ha visto a la mujer siempre ligada a una determinada estructura familiar que diferencia los roles de género” (Elizondo Gasperín María Macarita, 2015, p.57).

Actualmente, México dispone en su Carta Magna este importante reconocimiento de igualdad y equidad, específicamente, en su precepto 4º constitucional, y a la letra mandata, que *“La mujer y el hombre son iguales ante la ley”*. Esta afirmación significa una necesaria igualdad legal que obliga a todo el Estado Mexicano a cumplir con este precepto en todas sus actuaciones para garantizar la igualdad de género.

No obstante, este avance normativo, es necesario revisar algunos antecedentes que explican la discriminación hacia la mujer. Un antecedente importante es en materia de nacionalidad, la mujer no podía transmitir la nacionalidad mexicana cuando se casaba con un extranjero, y por este motivo, el hijo de madre mexicana y padre extranjero no tenía derecho a la nacionalidad mexicana, solo a la del padre extranjero. Este precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estipulaba, que *“Art. 30.- A. Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nacen en territorio de la República, sea cual fuese la nacionalidad de los padres; II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos, de padre mexicano y madre extranjera o de madre mexicana y padre desconocido (...)”*. La madre solo transmitía la nacionalidad si el padre era desconocido (Castañeda Rivas, María y Kurczyn Villalobos, Patricia, 2015, p.87).

Actualmente, este precepto 30 fue reformado para eliminar esta discriminación hacia la mujer y estipula, que *“A) Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos, de madre mexicana o de padre mexicano; III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y (...)”*.

Otros antecedentes en la legislación mexicana que demuestran los pasos sobre la incorporación de los derechos humanos de las mujeres en el país es el de la Ley de Relaciones Familiares en 1917, que permitió a las mujeres la disolución del vínculo matrimonial. Por su parte, la Ley Federal del Trabajo de 1931 autorizó a la mujer casada para celebrar contratos de trabajo sin autorización del esposo. Más adelante, se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para reconocer a las mujeres la categoría de ciudadanas mexicanas para otorgarles el derecho al sufragio, en 1953 (Elizondo Gasperín, María Macarita, 2015, p.57).

Consecuentemente, en las elecciones del día 3 de julio de 1955, las mujeres acudieron por primera vez a las urnas a votar, en esa ocasión, para elegir a diputados federales para la XLIII (Cuadragésima Tercera) Legislatura. *“Pese a la importancia que tenía ese primer ejercicio democrático de libertad de decisión, la verdadera democratización de la ciudadanía tardó mucho más en generarse, sobre todo porque la tradición imperaba sobre la razón. Muchas mujeres sufrían un severo nivel de represión familiar que les impedía acudir a las urnas y otras simplemente manifestaban la voluntad que los hombres de la casa les sugerían que debían expresar”* (Garza Guerra, María Taide, 2016, p.49).

Otro antecedente fundamental para los derechos humanos de la mujer en México es la Nueva Ley de Trabajo de 1970 que estableció por primera vez la prohibición de la discriminación por razón de sexo y garantizó a las mujeres los mismos derechos y obligaciones de los hombres. En 1974 se estipuló a rango constitucional la igualdad del hombre y la mujer en su 4º precepto. En 1992 se

dispuso en la Ley Agraria la igualdad de derechos entre hombres y mujeres” (Elizondo Gasperín, María Macarita, 2015, p.58).

En 1997 se reformó en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal para reconocer la violencia familiar como causal de divorcio (Elizondo Gasperín, María Macarita, 2015, p.58). Sorprendentemente, esta necesaria reforma no existía con anterioridad. La violencia familiar no es un tema nuevo, y *“se ha conocido a lo largo de la historia moderna con diferentes nombres: violencia doméstica, violencia intrafamiliar, violencia familiar, violencia hacia las mujeres, mujeres golpeadas, violencia de género, violencia de pareja, entre otros”* (Manual de gente diversa, 2014, p.17).

Así, paso a paso se fueron dando avances sobre los derechos humanos para la mujer en México, destaca la reforma del precepto 1º constitucional para introducir la garantía individual que tutela la no discriminación el 14 de agosto de 2001. El siguiente año se tipificó el delito de discriminación por razón de género, y se reformaron leyes electorales para establecer la cuota de género en la postulación y registro de candidaturas para puestos de elección popular en 2002 (Elizondo Gasperín María Macarita, 2015, pp.58-59).

Se creó el Instituto Nacional de la Mujer el 12 de enero de 2001 y sus homólogos en las Entidades Federativas. Entre los programas que se desarrollan, destacan: Programa de fortalecimiento a la Transversalidad de la Perspectiva de Género, Estrategia Nacional para la Prevención del Embarazo en Adolescentes, Programa Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2020-2024, Red de las Mujeres Constructoras de Paz (Mucpaz), Bolsa de Trabajo INMUJERES, Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y No Discriminación contra las Mujeres, Mujer y Medio Ambiente, entre otros.

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en 2007. Esta Ley define la violencia contra las mujeres como: *Cualquier acción u omisión, basada en su género; que le cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte, tanto en el ámbito privado como en el público”* (Manual de gente diversa, 2014, p.19).

En el ámbito electoral, en México se estableció a partir de 1996 la recomendación a los partidos políticos de que los candidatos de un mismo sexo no representen más del 70% del total de las candidaturas (Decreto por que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, 22 de noviembre de 1996.). *“Aunque, como en otros casos, es difícil determinar el impacto de esta recomendación en las candidaturas de los partidos, el porcentaje de mujeres candidatas fue mayor después de 1996; no obstante, en el caso de las cámaras de diputados y de senadores de ese periodo, 30% de candidatas no tuvo correspondencia, pues la representación femenina fue inferior a 20%. En otras palabras, los partidos incorporan más candidatas, pero lo hicieron en candidaturas que no resultaron ganadoras”*.

Un siguiente paso en esta materia fue la reforma electoral de 2008, que avanzó en el sistema de paridad de género para registrar candidatos con el aumento en una proporción de 60-40. La última reforma en materia electoral para lograr la equidad e igualdad de género fue la reforma

constitucional para establecer la Paridad en todo, es decir, 50% de mujeres y 50% de hombres en la toma de decisiones, no solo en cargos de elección popular, sino en todo cargo público. Esta reforma se realizó el 6 de junio de 2019, para “avanzar hacia la consolidación de una verdadera democracia representativa, participativa e incluyente, pues nos toca presenciar un momento histórico que coloca nuevos horizontes para las mujeres mexicanas, al establecer que la mitad de los cargos de decisión sean para las mujeres en los tres poderes del Estado, en los tres órdenes de gobierno, en los organismos autónomos, en las candidaturas de los partidos políticos a cargos de elección popular, así como en la elección de representantes en los municipios con población indígena” (Instituto Nacional de las Mujeres, 2021).

Se argumenta en este tema, que *“La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE) y la Ley General de Partidos Políticos (LGPP), están dispuestas las nuevas condiciones a favor de los derechos políticos de las mujeres para ser electas en los cargos de representación popular. Ahora es obligación de los partidos políticos promover la paridad de género en candidaturas, destinar el 3% de su gasto ordinario para capacitar a mujeres y el Consejo General del Instituto está facultado para rechazar el registro de las candidaturas que no respeten el principio de paridad de género”* (Instituto Nacional Electoral, 2021).

Entre otros instrumentos jurídicos nacionales que son significativos aportadores de este avance, destacan las disposiciones creadas para proteger a la mujer: la Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres se publicó el 2 de agosto de 2006, que fue modificada en el año 2013; Se distingue el año 2013 como una temporada pródiga en el campo legislativo porque se publicó el Decreto que sustenta el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra la Mujer el día 30 de agosto de ese año (Castañeda Rivas, María y Kurczyn Villalobos, Patricia, 2015, p.88). Este Programa se encuentra vigente para el periodo 2020-2024, y se explica, que “los compromisos y directrices asumidas por el Gobierno de México en el Plan Nacional de Desarrollo, responde a las demandas ciudadanas y a un diagnóstico profundo sobre los problemas que enfrentan actualmente las mujeres mexicanas, a los principales retos para avanzar a la igualdad, da cumplimiento a los ordenamientos nacionales e internacionales relativos a los derechos de las mujeres” (Programa Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2020-2024).

En el presente, se reconocen los derechos que la mujer necesita por sus singularidades, como la maternidad. Se reconocen a la mujer los siguientes derechos: no realizar esfuerzos durante el embarazo que pongan en riesgo la gestación; disfrutar de un periodo especial de descanso durante seis semanas anteriores y seis posteriores al parto; podrán prorrogarse estos periodos de tiempo si no está en condiciones de trabajar; durante los periodos de descanso percibirá su salario íntegramente durante un periodo no mayor a sesenta días; en el periodo de lactancia tendrá dos reposos extraordinarios por día (...), entre otros (Flores Salgado Lucerito Ludmila, 2015, p.100).

Por el avance teórico y el desarrollo jurídico sobre los derechos de las mujeres podemos celebrar:

Celebremos que vivimos en un Estado de derecho y que desde el ámbito jurídico y de la teoría se avanzado, que gracias a estos derechos todos los seres humanos somos iguales ante la ley.

Que tenemos una educación gratuita y laica y que las niñas se les facilita estar en igualdad de condiciones que los niños.

Que hemos conquistado en forma ascendente la autonomía y que participamos cada vez más en decisiones y cargos públicos.

Que tenemos derecho a una vida libre de violencia, a la paz, a la salud, a la seguridad y a la integridad.

Que tenemos derecho a trabajar y a recibir una remuneración en condiciones de igualdad a la capacidad y calidad de nuestro trabajo, así como a la seguridad social.

Que tenemos derecho a una movilidad libre y segura, sin tener que pedir permiso a nadie.

### Consideraciones finales

- Si bien biológica y psicológicamente, existen diferencias entre los géneros, estas diferencias deben ponderarse como fortalezas y debilidades que se complementan. La antropología filosófica se orienta hacia la igualdad y justicia entre los seres humanos y una de las primeras desigualdades que debe superarse es la que se da en la relación de género.

- No se puede llegar a ser realmente mujer y hombre, si no se es antes persona; no se puede alcanzar la unidad total, si no se desarrolla el potencial de cada una de nuestras dimensiones humanas, por eso en lugar de promover la superioridad de un género respecto de otro, debe impulsarse la formación integral del ser humano. Hay que pensar menos en masculinizar a la mujer que en feminizar al mundo. Si queremos una convivencia más justa y menos desigual; si queremos mejorar la calidad de vida para todos y no solo para unos cuantos habría que rescatar valores como la solidaridad, compasión, el desprendimiento, gratitud, ternura, generosidad y en sí los valores fundamentales de una relación humana.

- Participar para volver cada vez más humana la existencia de la sociedad contemporánea, disminuir el dolor, la enfermedad y la pobreza, es la mejor, la más justificada, contribución de la mujer. No hay que renunciar, como si fueran deleznable, a todos los valores considerados tradicionalmente como femeninos, para abrazar exclusivamente los valores de la competencia y del éxito y tantos otros del signo agresivo, esos que le han dado hasta ahora a buena parte de la historia un sombrío carácter de pesadilla.

- No obstante, los avances teóricos y desarrollo normativo, La distancia entre lo que argumenta la teoría y entre lo que postula la normatividad, con respecto a la realidad social es abismal. En efecto, existe un gran abismo entre el ser y el deber ser de los derechos de las Mujeres para lograr una igualdad real: Seguimos enfrentando discriminación laboral, despidos por embarazo, salarios menores por trabajos iguales que los hombres. El trabajo del hogar y cuidados de menores, adultos mayores y enfermos son responsabilidad casi exclusiva de las Mujeres, lo que crea una doble carga de trabajo. Necesitamos afrontar las desigualdades de las Mujeres desde su infancia, solo un ejemplo el embarazo infantil y adolescente.

- Un tema insoslayable, difícil de entender, pero presente es el de la violencia. Debemos erradicar la violencia contra la Mujer en todas sus manifestaciones que va desde los espacios privados

a los públicos. Las estadísticas son dolorosas y vergonzantes, una de cada tres de Mujeres ha sufrido abuso sexual. Por esto, es necesario cada vez más impulsar políticas públicas, programas, medidas y acciones que limiten esa distancia entre lo jurídico y lo real.

#### Fuentes de consulta

Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se crea la Unidad Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación, adscrita a la Presidencia del Consejo General. (2013). Diario Oficial de la Federación. México.

ARAUZ MERCADO, Diana. (2015). Primeras mujeres profesionales en México. Historia de las mujeres en México. Secretaría de Educación Pública.

Artículo transitorio vigésimo segundo del artículo primero del Decreto por que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, 22 de noviembre de 1996.

BRACAMONTE Lucía. (2012). Catolicismo y condición femenina: representaciones de género sobre la maternidad y la domesticidad en la prensa del suroeste bonaerense argentino a principios del siglo XX. Argentina. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0186-03482014000100004](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-03482014000100004), consultado el 13 de abril de 2021.

BELLON CÁRDENAS, Elizabeth. (2017). Liderazgos femeninos: tránsitos hacia la ética del cuidado en las relaciones de género. México. Universidad Autónoma de la Ciudad de México, San Lorenzo Tezonco, México.

Boletín Igualdad Empresa XLV. (2018). 8 de marzo. Día Internacional de la Mujer. Gobierno de España, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado

CARVAJAL MENA, Ligja. (2014). Los Hebreos: Un legado religioso. Universidad de Costa Rica. Revista Humanidades, Vol.4. ISSN: 2215-3934.

CASARES GARCÍA, Esther. (2008). La función de la mujer en la familia. Principales enfoques teóricos. Aposta. Revista de Ciencias Sociales, núm. 36. Luis Gómez Encinas ed. Móstoles. España.

CASTAÑEDA RIVAS, María y KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. (2015). Derechos Humanos y Equidad de Género. México. Ed. Porrúa. ISBN 978-607-09-2020-2.

Cátedra UNESCO de Derechos Humanos, UNAM-México. (2010). Consultado el 28 de abril de 2021, <https://catedraunescohdh.unam.mx//catedra/catedra15abril2013/index.php/dias-conmemorativos-de-la-mujer.html#:~:text=La%20fecha%20recuerda%20dos%20acontecimientos,condiciones%20de%20trabajo%20y%20seguridad.&text=Murieron%20146%20trabajadoras>.

ELIZONDO GASPÉRIN, María Macarita. (2015). Evolución en el reconocimiento de los derechos humanos. El desdoblamiento de las acciones individuales en materia género. Derechos Humanos y Equidad de Género. México. Ed. Porrúa. ISBN 978-607-09-2020-2.

FERNÁNDEZ RIUS, Lourdes. (2012). Género y Ciencia: Entre la Tradición y la Transgresión. Blazquez Graf, Norma. et. al. (Coordinadoras). Investigación feminista. Investigación feminista epistemología metodología y representaciones sociales. UNAM.

FERRUSCO MUÑOZ, Irma. (2011). La participación de la mujer en espacios públicos y de elección, ¿cantaleta electorera? o ¿demanda real impostergable?, en La participación de Las Mujeres en los Procesos Electorales. Avances y Retos, perspectiva de las mujeres Guerrenses. México.

FLORES SALGADO, Lucerito Ludmila. (2015). Temas actuales de los derechos humanos de última generación. México. Ed. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. ISBN 978-607-97104-9-1.

GARZA GUERRA, María Taide. (2016). El derecho al sufragio de la mujer. Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades, SOCIOTAM, vol. XXVI, núm. 2, México. Universidad Autónoma de Tamaulipas Ciudad Victoria.

HERNÁNDEZ LEDEZMA, Seny. (2014). Los derechos políticos de la mujer (de la democracia censitaria a la democracia paritaria). Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, vol. XX, núm. 2. Venezuela. Universidad Central de Venezuela Caracas.

Instituto Nacional de las Mujeres. (2021). Gobierno de México. Consultado el 12 de abril de 2021, <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/la-paridad-de-genero-un-asunto-de-igualdad-y-de-justicia?idiom=es>

Instituto Nacional Electoral. (2021). Gobierno de México. Consultado el 12 de abril de 2021, <https://igualdad.ine.mx/paridad/paridad-en-las-candidaturas/>

IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia. (2006). UNAM. La mujer romana a través de fuentes literarias y jurídicas. González Martín, Nuria (Coordinadora). Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano. Historia del derecho.

La biblia católica para jóvenes. (2015). España. 2da edición. Ed. Instituto Fe y Vida y ed. Verbo divino. Levoratti Armando J. y Trusso Alfredo (trad.).

LAMAS, Marta. (2000). Diferencias de sexo, género y diferencia sexual Cuicuilco, vol. 7. México. Escuela Nacional de Antropología e Historia Distrito Federal.

LIEN TAN, Pan. (2005). Estatus social, papel y lenguaje de las mujeres chinas. Estudios de Asia y África, vol. XL, núm. 2. El Colegio de México, A.C. Distrito Federal, México.

LAGUNAS VÁZQUES, Magdalena, et. al. (2016). Desarrollo, feminismo y género: cinco teorías y una canción desesperada desde el Sur. México. Estudios del Desarrollo Social vol.4 no.2 La Habana. Centro de Investigaciones Biológicas del Noroeste, México. [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2308-01322016000200006](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2308-01322016000200006), consultado el 15 de abril de 2021.

Manual para la prevención de la violencia social y de género. (2014). México. Gente diversa de Baja California A.C.

MONTESÓ CURTO, Pilar. (2014). Dificultades para el avance de las mujeres. Diferentes teorías sociológicas. España. Enferm. glob. vol.13 no.36. Facultad de Enfermería. Universidad Rovira i Virgili. Tarragona. [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1695-61412014000400014](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1695-61412014000400014), consultado el 13 de abril de 2021.

MONRANCHEL POCATERRA, Mariana. (2017). Compendio de Derecho Romano. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa.

OLMEDA GARCÍA, Marina del Pilar. (2012). Evolución de la Normativa Electoral de Baja California, en Corona Nakamura, Luis Antonio y Miranda Camarena, Adrián Joaquín, compiladores,

Derecho Electoral Mexicano. Una visión local: Baja California. Ed. Marcial Pons. Madrid.

PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio y García Sánchez, Enrique Inti. (2018). La violencia histórica contra las mujeres. Concepto, origen, consecuencias y medidas para su erradicación. Universidad La Salle.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 2007.

RICOY, Rosa. (2015). Teorías jurídicas feministas. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores). México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

UUNN. (2000). The world's women 2000, United Nations-Trends and Statistics, Nueva York.

VARGAS ARENAS, Iraida. (2008). Teoría feminista y teoría antropológica. Revista Venezolana de Estudios de la Mujer vol.13 núm.30, Caracas. Venezuela. Universidad Central de Venezuela. [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1316-37012008000100002](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-37012008000100002), consultado el 15 de abril de 2021.

VILLARROEL PEÑA, Yetzy U. (2007). Los aportes de las teorías feministas a la comprensión de las relaciones internacionales. Politeia, vol. 30, núm. 39. Caracas, Venezuela. Universidad Central de Venezuela.

WANGNERUD, Lena. (2000). Testing the Politics of Presence: Woman's Representation in the Swedish Riksdag, en Scandinavian Political Studies.

#### Fuentes Normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer.

Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer.

Convención sobre Igualdad de Remuneración entre la mano de Obra Masculina y la mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor.

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Primera Conferencia Mundial sobre Igualdad de la Mujer.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

## KAMALA HARRIS Y LA SILENCIOSA SECURITIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN

### Autores

Javier Ramírez Escamilla\*

### Resumen

Este artículo tiene como propósito evidenciar la contradictoria política migratoria de los Estados Unidos de América, en la que por un lado critica las políticas antiinmigrantes de Donald Trump, y por el otro - tras una nueva crisis migratoria-, acelera la expulsión masiva de inmigrantes bajo el Título 42 de los Estados Unidos, Salud Pública y Bienestar.

**Palabras claves:** Inmigración, Securitización, Crisis Migratoria, Título 42, Salud Pública y Bienestar.

### Abstract

*The purpose of this article is to highlight the contradictory immigration policy of the United States of America, in which on the one hand it criticizes the anti-immigrant policies of Donald Trump, and on the other -and after a new migration crisis-, it accelerates the massive expulsion of immigrants under the Title 42 of the US Code, The Public Health and Welfare.*

**Key words:** Immigration, Securitization, Migration Crisis, Title 42, Public Health and Welfare.

### I. Joe Biden en campaña

Resulta un hecho notorio y de amplio conocimiento público, que Joe Biden es al día de hoy el presidente número 46 de los Estados Unidos por dos razones: 1) criticar verticalmente la política antiinmigrante y xenófoba de Donald Trump y, 2) por sus promesas de campaña, a saber:<sup>1</sup>

**1. Trabajo.-** recuperar los puestos de trabajo perdidos durante la pandemia y subir el salario mínimo del país.

**2. Cuidados médicos.-** defender el plan de salud mejor conocido como ObamaCare.

**3. Inmigración.-** emprender una reforma migratoria de gran calado.

\* Doctorante en Derecho por la Universidad La Salle (México). Correo electrónico: javierscamilla@hotmail.com

<sup>1</sup> PAGLIUCA, Silvana, Las 8 promesas de campaña de Joe Biden, nuevo presidente electo de Estados Unidos, AL DÍA DALLAS, Sección Español, 7 de noviembre del 2020. Disponible en: <https://www.dallasnews.com/espanol/al-dia/estados-unidos/2020/11/07/las-8-promesas-de-campana-de-joe-biden-nuevo-presidente-electo-de-estados-unidos/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

**4. Manejo del COVID-19.-** insistir sobre el uso de mascarillas y la vacunación masiva.

**5. Educación.-** aumento de salarios de los maestros.

**6. Salud mental de los niños.-** duplicar la cantidad de psicólogos, consejeros, enfermeras, trabajadores sociales y otros profesionales de la salud en las escuelas del país.

**7. Armas de fuego.-** hacer que los fabricantes de armas asuman su responsabilidad civil por el uso ilegal de sus productos y prohibir la fabricación y venta de armas de asalto y cartuchos de alta capacidad.

Sobre el tema que nos ocupa y para ampliar más la información, se reproduce directamente de la página oficial de Biden-Harris, el *Plan Biden* sobre Inmigración:

### EL PLAN BIDEN PARA ASEGURAR NUESTROS VALORES COMO UNA NACIÓN DE INMIGRANTES

Es un fracaso moral y una vergüenza nacional cuando un padre y su pequeña hija se ahogan llegando a nuestras costas. Cuando los niños están encerrados en centros de detención superpoblados y el gobierno busca mantenerlos allí indefinidamente. Cuando nuestro gobierno argumenta en la corte para no darle a esos niños cepillos de dientes y jabón. Cuando el presidente Trump utiliza la separación familiar como un arma contra madres, padres y niños desesperados que buscan seguridad y una vida mejor. Cuando amenaza con redadas masivas que separarían a familias que han estado en este país durante años y atacan a personas en lugares sensibles, como hospitales y escuelas. Cuando los niños mueren mientras están bajo custodia debido a la falta de atención adecuada.

Trump ha lanzado un ataque implacable contra nuestros valores y nuestra historia como una nación de inmigrantes.

Esto está mal y se detendrá cuando Joe Biden sea elegido presidente.

A menos que sus antepasados fueran nativos de estas costas, o esclavizados por la fuerza y traídos aquí como parte de nuestro pecado original como nación, la mayoría de los estadounidenses pueden rastrear su historia familiar hasta una decisión, una decisión de dejar atrás todo lo que le era familiar en busca de nuevas oportunidades y una nueva vida. Esa es una fuente irrefutable de nuestra fortaleza. Generaciones de inmigrantes han venido a este país con poco más que la ropa que llevan puesta, la esperanza en sus corazones y el deseo de reclamar su propio pedazo del sueño americano. Es la razón por la que constantemente hemos sido capaces de renovarnos, crecer como una nación que es mejor y más fuerte y enfrentar nuevos desafíos. La inmigración es esencial a lo que somos como nación, nuestros valores fundamentales y nuestras aspiraciones para nuestro futuro. Bajo una Administración Biden, nunca daremos la espalda a quienes somos o lo que nos hace únicos y orgullosamente estadounidenses. Los Estados Unidos merecen una política de inmigración que refleje nuestros más altos valores como nación.

Hoy, nuestro sistema de inmigración está bajo mayor estrés como resultado directo de las políticas equivocadas de Trump, ya que no ha invertido en tecnología fronteriza más inteligente que mejoraría nuestra revisión de la carga.

Su obsesión por construir un muro no hace nada para abordar los desafíos de seguridad mientras le cuesta a los contribuyentes miles de millones de dólares. La mayoría del contrabando llega a través de nuestros puertos legales de entrada. Se estima que casi la mitad de las personas indocumentadas que viven en los EE.UU. se han quedado luego de que se ha vencido su visa, no cruzaron la frontera ilegalmente. Las familias que huyen de la violencia en Centroamérica se están presentando voluntariamente ante los oficiales de la patrulla fronteriza. Y las amenazas reales a nuestra seguridad, los carteles de la droga y los traficantes de personas, pueden evadir más fácilmente los esfuerzos de aplicación de la ley porque Trump ha asignado indebidamente los recursos para intimidar a los solicitantes de asilo legítimos. Fundamentalmente, Trump no entiende cómo mantener a los Estados Unidos a salvo porque le importa más gobernar con el miedo y la división que las soluciones de sentido común.

Las políticas de Trump también son perjudiciales para nuestra economía. Durante generaciones, los inmigrantes han fortalecido nuestra ventaja competitiva más valiosa: nuestro espíritu de innovación y emprendimiento. Las investigaciones sugieren que “la contribución anual total de los trabajadores nacidos en el extranjero es de aproximadamente \$2 billones”. Sectores clave de la economía de los Estados Unidos, desde la agricultura hasta la tecnología, dependen de la inmigración. Los inmigrantes en edad laboral mantienen nuestra economía en crecimiento, nuestras comunidades prosperan y el país avanza.

Los desafíos a los que nos enfrentamos no se resolverán con una “emergencia nacional” constitucionalmente dudosa para construir un muro, separando a las familias o negando el asilo a las personas que huyen de la persecución y la violencia. Lidar con la crisis humanitaria creada por Trump en nuestra frontera, unir a nuestra nación, reafirmar nuestros valores fundamentales y reformar nuestro sistema de inmigración requerirá un liderazgo real y soluciones verdaderas. Biden está preparado para ofrecer ambos desde el primer día de su presidencia.

**Como presidente, Biden aplicará con firmeza políticas que salvaguarden nuestra seguridad, provean un sistema justo y equitativo que ayude a crecer y mejorar nuestra economía, y asegure nuestros preciados valores. Él:**

- Tomará medidas urgentes para revertir el daño causado por Trump y recuperar los valores de los Estados Unidos
- Modernizará el sistema de inmigración de los Estados Unidos.
- **Dará la bienvenida a los inmigrantes en nuestras comunidades<sup>2</sup>**
- **Reafirmará el compromiso de los Estados Unidos con los solicitantes de asilo y los refugiados<sup>3</sup>**
- Lidiará con las causas fundamentales de la migración irregular.
- Implementará una revisión efectiva en las fronteras<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Nota: las negritas son propias.

<sup>3</sup> Nota: las negritas son propias.

<sup>4</sup> BIDEN HARRIS DEMOCRATS, Plan Biden para la migración, 2020. Disponible en: <https://joebiden.com/es/inmigrantes/>  
Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

Sobre estos dos puntos en particular el *Plan Biden* señala:

### **Dará la bienvenida a los inmigrantes en nuestras comunidades**

Los inmigrantes aportan un enorme valor económico, cultural y social a sus nuevas comunidades. Incluso en las ciudades afectadas por la pérdida de empleos en la manufactura, los inmigrantes son un motor clave del espíritu empresarial y el crecimiento de la población.

Según un informe de 2017 de la Nueva Economía Americana ("*New American Economy*"), de 2000 a 2015, los inmigrantes representaron el 49.7% de todo el crecimiento de la población en la región de los Grandes Lagos, más de 1.5 millones de personas, lo que ayudó a compensar los impactos del declive de la población en ciudades como Syracuse y Akron. Los inmigrantes están trayendo una nueva vida a las economías locales, iniciando negocios, pagando impuestos y gastando sus dólares en sus nuevas comunidades. El *Center for American Progress* ha estimado que los beneficiarios de DACA contribuirán con aproximadamente \$460.300 millones al producto interno bruto nacional durante la próxima década. Los Estados Unidos necesitan retener el talento y el impulso de los "*dreamers*" criados en los Estados Unidos para asegurar esos beneficios para nuestra propia salud económica.

Es hora de que el gobierno federal escuche y aprenda de los municipios locales de todo el país que han construido comunidades y economías vibrantes e inclusivas mediante el desarrollo de políticas concretas y recomendaciones de programas de base para brindar oportunidades a los nuevos inmigrantes.

...

### **Reafirmará el compromiso de los Estados Unidos con los solicitantes de asilo y los refugiados**

Las políticas de la Administración Trump han creado un desastre humanitario en nuestra frontera y han administrado terriblemente mal los recursos sin precedentes que el Congreso le ha asignado. Trump ha desviado dinero para aterrorizar a las familias inmigrantes, incluso cuando las instalaciones del CBP en la frontera están desbordadas. Después de casi tres años, esta Administración todavía no tiene un plan coherente para la protección y el procesamiento de niños y familias. Los oficiales de CBP sobre el terreno, que no están capacitados ni equipados para este trabajo, están asumiendo una responsabilidad descomunal para manejar esta crisis. Y a través de sus políticas del Protocolo de Protección de Migrantes, Trump ha cerrado efectivamente nuestro país a los solicitantes de asilo, forzándolos a elegir entre esperar en situaciones peligrosas, vulnerables a la explotación por parte de los carteles y otras personas con malas intenciones, o arriesgarse a intentar cruzar entre los puertos de entrada. En otras palabras, las políticas de Trump en realidad están alentando a las personas a cruzar de manera irregular, en lugar de solicitar de manera legal, segura y ordenada en los puertos.<sup>5</sup>

Visto desde cualquier ángulo, el *Plan Biden* es un claro "*golpe de timón*" de un país con políticas *anti-inmigrantes* a un país de políticas *pro-inmigrantes*.

## **II. Joe Biden en la Casa Blanca**

Con la llegada a la Oficina Oval de Joseph R. Biden Jr., parece cerrarse un episodio de políticas anti-inmigrantes encabezadas por la administración de Donald Trump. Ya que con apenas unas pocas horas en el cargo, Joe Biden firmó 17 Órdenes Ejecutivas para revertir cuatro años de políticas de la Administración Trump,<sup>6</sup> y 4 más, el 2 de febrero de 2021, 3 de ellas en materia de inmigración, con las que en su conjunto:<sup>7</sup>

1. Se eliminó la prohibición de entrada a los Estados Unidos desde países musulmanes impuesta por Trump en 2017.
2. Se envió un proyecto de Ley al Congreso que establece un camino claro hacia la ciudadanía de más de 11 millones de inmigrantes irregulares.
3. Se envió un memorándum al Departamento de Seguridad Nacional y al Fiscal General para preservar el programa DACA.
4. Se anuncia la creación de un grupo de trabajo para reunificar a 545 niños migrantes separados de sus padres.<sup>8</sup>
5. Se revocó la Orden Ejecutiva de excluir del censo a los que no son ciudadanos.
6. Se suspenden las deportaciones pendientes por 100 días para su revisión.
7. Se ordenó la detención de la construcción del muro fronterizo entre México y los Estados Unidos.
8. Se busca abordar las causas de la migración y gestionar la migración de forma segura y ordenada.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> REDACCIÓN BBC News Mundo, Biden presidente: las 17 primeras medidas con las que empieza a revertir las políticas de Trump, BBC News Mundo, 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55729207> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>7</sup> WHITEHOUSE, Las prioridades inmediatas de la administración Biden-Harris, 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/es/prioridades/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021. Ver: INMIGRACIÓN: El presidente Biden reformará nuestro caótico sistema migratorio que lleva mucho tiempo quebrantado. La estrategia del presidente Biden se basa en la premisa fundamental de que nuestro país es más seguro, más fuerte y más próspero con un sistema migratorio justo y ordenado que da la bienvenida a los inmigrantes, mantiene intactas a las familias y les permite a las personas de todo el país – tanto a los inmigrantes recién llegados como a aquellos que han vivido aquí por generaciones – contribuir con mayor plenitud a nuestro país.

<sup>8</sup> WHITEHOUSE, Orden ejecutiva sobre el establecimiento de un grupo de trabajo interinstitucional sobre la reunificación de familias, 2 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/02/executive-order-on-the-establishment-of-interagency-task-force-on-the-reunification-of-families/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>9</sup> WHITEHOUSE, Orden ejecutiva sobre la creación de un marco regional integral para abordar las causas de la migración,

<sup>5</sup> Ídem.

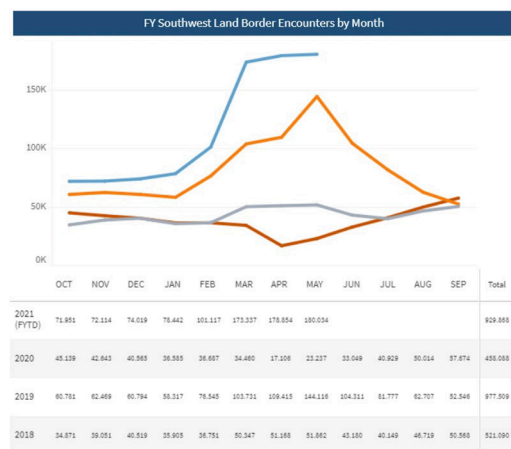
9. Se busca reestablecer la fe en el sistema legal de inmigración de los Estados Unidos y la inclusión para los nuevos estadounidenses.<sup>10</sup>

En este punto del estudio, la pregunta persistente es la misma, ¿de qué otra forma debía de entender la gente del Triángulo Norte de Centroamérica estas palabras, más que como una clara invitación a migrar a los Estados Unidos?

El hecho es que con la salida de Trump y la adopción de todas estas medidas, una marabunta de migrantes y refugiados (de todos los países del mundo, pero en particular de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Haití) desbordaron la frontera sur de los Estados Unidos en busca del “Sueño Americano”, como más adelante se va a ilustrar.

### III. Una nueva crisis migratoria

A continuación, se presenta una gráfica del Año Fiscal 2021 por mes de las detenciones vía terrestre de la frontera suroeste de los Estados Unidos, información que se recoge de la página oficial de la US. CBP (Oficina de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos):



Gráfica 1. FY Southwest Land Border Encounters by Month<sup>11</sup>

gestionar la migración en América del Norte y Central y proporcionar un procesamiento seguro y ordenado de los solicitantes de asilo en la frontera de los Estados Unidos, 2 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/02/executive-order-on-creating-a-comprehensive-regional-framework-to-address-the-causes-of-migration-to-manage-migration-throughout-north-and-central-america-and-to-provide-safe-and-orderly-processing/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>10</sup> WHITEHOUSE, Orden ejecutiva sobre el restablecimiento de la fe en nuestros sistemas legales de inmigración y el fortalecimiento de los esfuerzos de integración e inclusión para los nuevos estadounidenses, 2 de febrero de 2021. Disponible

La línea de color azul representa el año fiscal 2021 y en la que se puede observar que tras la llegada de Joe Biden a la presidencia y la instrumentación de todas las medidas descritas en el párrafo anterior, el número de detenidos en la frontera suroeste de los Estados Unidos va en crescendo: **enero 78,442, febrero 101,117, marzo 173,337, abril 178,854 y mayo 180,034**. Los datos demográficos presentados incluyen: menores acompañados, individuos en una unidad familiar, adultos solteros y niños no acompañados.

El presidente Joe Biden al enfrentar una oleada de menores inmigrantes no acompañados, el 17 de marzo de 2021, en una entrevista con la cadena ABC pidió a los inmigrantes “NO VENGAN”: “sí, puedo decir claramente, no vengan, y mientras estamos en el proceso de establecer el sistema, no dejen su ciudad, su pueblo o su comunidad”<sup>12</sup>.

Para aliviar las presiones políticas del Partido Republicano, enfrentar los flujos migratorios de la frontera sur y no contradecir sus promesas de campaña, la Administración Biden, so pretexto de la emergencia global de COVID-19, ponen en marcha el Título 42 del US Code, *The Public Health and Welfare*, ya antes utilizado por la administración Trump, a fin de acelerar la expulsión masiva de inmigrantes.

A continuación se presentan datos de las personas detenidas bajo el *Título 42*:

#### Números de cumplimiento de CBP

En mayo de 2021, CBP encontró **180,034** personas que intentaban ingresar a lo largo de la frontera suroeste. Este total representó un aumento del 1 por ciento con respecto a abril de 2021.

Los adultos solteros continúan constituyendo la mayoría de estos encuentros. En mayo de 2021, CBP expulsó a 112,302 personas bajo el *Título 42*. CBP continúa expulsando a adultos solteros y unidades familiares que se encuentran de conformidad con la guía de los CDC bajo la autoridad del *Título 42*. El 62 por ciento de todos los encuentros de mayo resultaron en una expulsión del *Título 42*.

Los encuentros a lo largo de la frontera suroeste de *niños no acompañados* y menores solteros de los países del Triángulo del Norte se redujeron nuevamente este mes en un 23 por ciento, con 10.765 encuentros en mayo de 2021 en comparación con 13.940 en abril de 2021. Los encuentros de unidades familiares de los países del Triángulo del Norte también disminuyeron nuevamente, disminuyendo en un 31 por ciento a 22,630 en mayo de 2021, frente a 32,674 en abril.

en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/02/executive-order-on-restoring-faith-in-our-legal-immigration-systems-and-strengthening-integration-and-inclusion-efforts-for-new-americans/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>11</sup> US. CBP., Encuentros fronterizos terrestres del suroeste, 9 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/southwest-land-border-encounters> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>12</sup> MOLINARES IONE, Biden pide a los migrantes que “no vengan a Estados Unidos”, CNN LATAM, 17 de marzo de 2021. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/video/biden-a-migrantes-no-vengan/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

La gran cantidad de expulsiones durante la pandemia ha contribuido a que un número mayor de lo habitual de no ciudadanos haga múltiples intentos de cruzar la frontera, y significa que los encuentros totales exageran un poco el número de individuos únicos que llegan a la frontera. El treinta y ocho por ciento de los encuentros en mayo de 2021 fueron personas que tuvieron al menos un encuentro anterior en los 12 meses anteriores, en comparación con una tasa promedio de reencuentros de un año del 15 por ciento para los años fiscales 2014-2019.<sup>13</sup>

De acuerdo con Juan Antonio Del Monte Madrigal: *“Un dato esclarecedor respecto hacia quiénes están dirigidas las expulsiones amparadas en el Título 42 tiene que ver con la abrumadora diferencia de expulsados por la frontera con México respecto a la de los expulsados a través de la frontera con Canadá. Evidentemente la lógica de seguridad sanitaria ha estado funcionando durante toda la pandemia para detener los flujos migratorios de sur a norte, lo que lleva a pensar cómo siguen operando las lógicas xenófobas hacia la migración proveniente del sur”*.<sup>14</sup>

#### IV. La visita de Kamala Harris a Guatemala y México: mensaje en medios y acuerdos alcanzados

Con la llegada de la vacuna del COVID-19, resulta evidente que las expulsiones aceleradas (no deportaciones) bajo el Título 42 del US Code, *The Public Health and Welfare*, pronto serán jurídicamente improcedentes y violatorias de derechos humanos y la *Convención sobre el Estatuto de Refugiados*. Razón por la cual, la Administración Biden estableció comunicación directa con los gobiernos de Guatemala y México a través de videoconferencias, a fin de planear en el mes de junio de 2021 con carácter de urgente, una visita relámpago de la Vicepresidenta Kamala Harris, a fin de alcanzar con ambos países “acuerdos” en materia migratoria y de “seguridad”. Con ello, Harris fija en la mesa de “negociación” el concepto de securitización como punto de partida de cualquier “acuerdo” bilateral que pudiera llegar a alcanzarse.

Entiéndase por *securitización*, el señalado por Javier Treviño Rangel, doctor en sociología por la *London School of Economics*:

*“Originalmente, la idea de securitización supone un discurso basado en la definición de los migrantes como una amenaza prominente para la seguridad nacional. Esto implica el despliegue de normas, leyes, reglas, instituciones, autoridades y prácticas migratorias para controlar a este peligro potencial para la seguridad. Por ejemplo, la securitización sirve a los expertos para interpretar -hoy- normas, leyes y prácticas que actualmente limitan los derechos humanos de los transmigrantes, no obstante que dichas disposiciones han*

*existido en el país al menos desde 1974 o incluso desde 1930. [...] La última distorsión del concepto tiene que ver con su origen. El consenso entre expertos y activistas es que la securitización fue impuesta a México por Estados Unidos después del 11 de septiembre de 2001. Esta es una explicación creíble, pero difícilmente demostrable. No se sabe a ciencia cierta si existieron presiones o exigencias abiertas desde Estados Unidos para ejercer un mayor control de las autoridades mexicanas en la frontera sur”*.<sup>15</sup>

Dicho lo anterior, corresponde reproducir y posteriormente analizar los mensajes a medios emitidos por la Vicepresidenta de los Estados Unidos, Kamala Harris, tras la conclusión de su primer viaje internacional. Aquí la transcripción de sus palabras en Guatemala, a fin de no dar margen a ninguna clase de interpretación:

*[...] personas en esta región que piensen en este tan difícil y peligroso camino hacia Estados Unidos, no vengan, ¡no vengan! Estados Unidos seguirá reforzando las leyes y seguridades en la frontera, hay formas legales en que la migración debería y puede ocurrir, pero una de nuestras prioridades, vamos a desalentar la inmigración ilegal, si vienen a nuestra frontera los van a regresar. Entonces, desalentemos a nuestros amigos, a nuestros vecinos, a nuestros familiares, de embarcarse en algo que es un viaje extremadamente peligroso, los únicos que se benefician son los coyotes. Y hacemos nuestro trabajo juntos, señor Presidente, con nuestro compromiso mutuo, de saber que la ayuda llegará y con estas acciones que tomaremos juntos, mejoraremos las vidas de los guatemaltecos y hablaré con los líderes sobre qué más se puede hacer. Señor Presidente le quiero agradecer por esta muy productiva conversación, por su liderazgo en el trabajo que tenemos que hacer todavía”*.

Aquí la transcripción de sus palabras, al finalizar su visita oficial a México:

*“Buenas tardes a todos, tengo algunas ideas que quisiera presentarles y con gusto contestaré algunas preguntas. Acabo de estar en Guatemala y aquí en México en los dos últimos días, este viaje ha reforzado un tema esencial en las conversaciones que he tenido tanto como con los líderes de estas dos naciones y los miembros de la sociedad civil, y personas que han invertido tanto y tanto están invirtiendo en el presente y futuro, los temas son que no hay duda alguna que estamos entrando en una nueva era en todo el globo. Y esta nueva era nos ha dicho claramente que estamos interconectados y somos interdependientes, también lo que afecta a un país, afecta generalmente al globo entero. Y ciertamente, cuando vemos las relaciones entre Estados Unidos y nuestros vecinos en el hemisferio occidental, sabemos que esto es cierto también. El Presidente y yo sentimos fuertemente que lo que pasa en otros países importa para las personas de los Estados Unidos, creemos no solamente en la importancia para nuestra seguridad nacional y*

<sup>13</sup> US. CBP., CBP anuncia actualización operativa de mayo de 2021, 9 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/cbp-announces-may-2021-operational-update> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>14</sup> DEL MONTE MADRIGAL, Juan Antonio, Las expulsiones bajo el Título 42: el gobierno de Biden continúa una política xenófoba de Trump, NEXOS, marzo 2021. Disponible en: <https://migracion.nexos.com.mx/2021/03/las-expulsiones-bajo-el-titulo-42-el-gobierno-de-biden-continua-una-politica-xenofoba-de-trump/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>15</sup> TREVIÑO RANGEL, Javier, ¿De qué hablamos cuando hablamos de la “securitización” de la migración internacional en México?, en Foro Internacional, vol. 56, no. 2, México, abr/jun 2016. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-013X2016000200253](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2016000200253) Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

seguridad económica, para nuestro bienestar en general, que es crítico que trabajemos y continuemos comprometidos con nuestros aliados en todo el mundo. Pero también entendemos que estas relaciones tienen un impacto nacionalmente, entendemos que lo que sucede en otros países le importa a Estados Unidos. Y es por eso que el Presidente viajará mañana a Europa y este es mi primer viaje como Vicepresidenta de los Estados Unidos, decidí entonces venir aquí a esta región para visitar a nuestros amigos en México y Guatemala, cuestiones sobre migración tal y como lo hemos deliberado durante este viaje, se trata de un asunto complicado y complejo, hay muchos factores que están en riesgo y en juego cuando vemos la migración histórica y actualmente. También es un asunto que debemos enfrentar en cada nivel en que debemos enfrentarlo, en Estados Unidos lo estamos haciendo desde la perspectiva no solamente de lo que debemos hacer para enfrentar las causas raíz de la migración. Es decir, el propósito primario de mis viajes en estos últimos dos días y el trabajo que hemos estado haciendo en el último par de meses, sino que también por supuesto, debemos enfrentar los asuntos inherentes en una situación que se está dando en la frontera y qué debemos hacer para fortalecer caminos, vías legales para que las personas entren a Estados Unidos. Quiero ser muy clara en esto, el problema en la frontera, en una gran parte sino enteramente, proviene de los problemas en estos países, no puedo decirlo suficientemente, casi todas las personas no se quieren ir de sus hogares. Y cuando lo hacen, usualmente se debe a una de dos razones: es decir, están huyendo del peligro o, quedarse en casa significa que no pueden satisfacer las necesidades básicas para sostener y cuidar a sus familias. Trabajo con otro principio también, es decir, nosotros como gobierno estadounidense, junto con nuestros aliados y nuestros socios como México, como Japón y Corea del Sur, y todos aquellos que están internacionalizando nuestro esfuerzo conectados a través de la ONU, todos entendemos y a través de nuestro liderazgo y dirigencia, entendemos que tenemos la capacidad de darle a las personas un sentido de esperanza. Es decir, si se quedan en sus países donde ellos quieren quedarse, en el pueblo, en la vecindad, en la comunidad, el lugar donde crecieron, donde hablan el idioma, conocen la cultura, van a esa iglesia todos los domingos, el lugar donde sus abuelas viven- sabemos que si nosotros les damos un sentido de esperanza de que la ayuda está en camino, ellos seguirán su primera preferencia, es decir, quedarse en casa. Durante este viaje, me he reunido con personas de todas las sendas de la vida, me he reunido por supuesto con el presidente guatemalteco Giammattei, el presidente López Obrador también, y me he reunido con miembros de la sociedad civil, me reuní con jóvenes, también con miembros de la fuerza del trabajo, con agricultores, con jóvenes que están creando cosas que solamente son imaginables en la ficción pero lo están convirtiendo en la realidad. Y lo que sé que es muy claro, es que si vamos a resolver los asuntos que impactan la frontera sur de Estados Unidos, y he tenido una conversación con el presidente López Obrador también sobre la frontera sur de México. Y para hacer esto, debemos de tener la capacidad de enfrentar las causas raíz de por qué las personas dejan sus países, tenemos que entender y es una prioridad para nosotros, preocuparnos sobre lo que está

sucediendo en nuestra frontera, entonces también debe ser una prioridad para nosotros entender por qué las personas se van de su país. Ahora bien, la realidad es que casi todas las personas cuando se van, no quieren irse, y casi todos quieren regresar. Ese es el espíritu en el que enfocamos estos asuntos. Por otro lado, también creo que si uno quiere arreglar, solucionar un problema, tiene uno que ir directamente donde existe ese problema. Si uno quiere por ejemplo solucionar las necesidades de las personas, hay que pasar tiempo con estas personas para satisfacer sus necesidades. Porque la única manera en que podemos solucionar el problema es entendiendo el problema. Y esta esa es una de las razones de mi viaje en este último par de días, y el trabajo también que hemos estado haciendo en el último par de meses, para reunirnos con las personas que van desde directores generales de corporaciones muy grandes estadounidenses para hablar, qué pueden hacer para participar en sociedades en alianzas público-privado para crear recursos económicos, posibilidades para las personas en esta región. En el último par de meses por ejemplo, hemos convocado a las organizaciones filantrópicas más importantes de Estados Unidos, y que todas tienen una huella internacional, para ver cómo pueden extender también el trabajo que están haciendo en sociedad, en alianza con el gobierno estadounidense y con los otros amigos que estamos colocando alrededor de la mesa. En el último par de meses por ejemplo, hemos reunido a la sociedad civil, líderes de los Estados Unidos y también en Guatemala, tuve el privilegio de reunirme con todos ellos, después de nuestra primera reunión virtual y personal, me reuní con ellos el día de ayer. El trabajo que estamos haciendo incluye llegar a través de nuestra Embajadora Linda Thomas Greenfield, llegar a las Naciones Unidas para poder solicitar apoyo y contribuciones de nuestros amigos en todo el planeta, para entender la necesidad que existe pero también la capacidad existente. Lo que me ha quedado muy claro durante estas reuniones y este viaje, es algo que yo ya sabía pero lo he reforzado incluso, todos lo entendemos realmente, las personas tienen orgullo del lugar de donde son, su lugar de origen. Las personas sienten orgullo de su lugar de origen, y cuando estamos hablando del trabajo que estamos haciendo, debemos enfocarlo, abordarlo con un entendimiento de la capacidad de las personas y no solamente sus necesidades, entendiendo que estas personas tienen orgullo asociado del lugar de donde provienen, con razón de la historia de esos lugares, la cultura de esos lugares también, con base también en la contribución o contribuciones que han hecho esos lugares durante miles de años. Entonces, ese es el trabajo que hemos estado haciendo, con orgullo les puedo informar que los acuerdos que hemos firmado tienen que ver con el trabajo que hemos estado haciendo esta semana, son muy tangibles y muy específicos, entonces declaro este viaje un éxito, sí, lo declaro un éxito. Es un éxito en términos de las vías, el camino que tiene que ver con el progreso. Hemos tenido éxito porque hemos tenido progreso y avances, en relación con Guatemala, del viaje hemos tenido acuerdos, una fuerza de trabajo anticorrupción, esto es uno de los temas dominantes de mis conversaciones con las diferentes personas que nos reunimos en Guatemala. Incluyendo preocupaciones e inquietudes de aquellos que están en exilio de Guatemala en

Estados Unidos, también me reuní con ellos. Y del viaje a Guatemala, tenemos un acuerdo de crear una fuerza de trabajo contra tráfico y trata de humanos, anticontrabando. Hemos trabajado en esto mucho tiempo, antes incluso de llegar al Senado, antes incluso de ser Vicepresidenta. Se trata de esta población tan vulnerable, tan susceptible al abuso y al tráfico, también susceptibles al fraude y cosas más horribles, en relación con el contrabando que hemos visto de Guatemala, también allí hicimos un acuerdo sobre iniciativa de empoderamiento de las mujeres, 40 millones de dólares estadounidenses para esta iniciativa. ¿Por qué lo hicimos? Ya lo sabía antes, y esto no es singular para esta región sino también en Estados Unidos, necesitamos hacer más como mundo, como planeta, los que tenemos recursos tenemos que hacer más para invertir en las mujeres y en las chicas, en las jóvenes en todo el mundo. También salimos de este viaje con otro acuerdo, 48 millones de dólares para Guatemala para apoyar vivienda asequible, agronegocios y emprendedores. Repito, hablé con las emprendedoras, con las que me reuní, mujeres jóvenes, y entiendo que una de las grandes bases para la economía guatemalteca es la agricultura, si alguna vez ustedes han conocido a algún agricultor, han conocido a algunas de las personas más innovadoras del mundo, porque tiene que adaptarse, porque tienen que ser creativas estas personas, porque tienen que pensar cuidadosamente sobre cómo pueden crear en una situación impredecible algo que sea productivo, por supuesto estamos entonces invirtiendo en Guatemala en este sentido.

Y en términos de nuestra visita a México, como saben me reuní con el presidente esta mañana, tuvimos una reunión muy larga él y yo, uno a uno, y durante nuestra reunión bilateral también. Uno de los primeros acuerdos al que llegamos, fue la firma del memorándum de entendimiento sobre México como socio de Estados Unidos, con Estados Unidos, enfocará sus recursos en América Central, particularmente en tres países: El Salvador, Honduras y Guatemala. Entendemos la capacidad de los Estados Unidos y uno de sus vecinos más cercanos, nuestros primos hermanos los canadienses, cómo podemos trabajar juntos con los recursos que ya tenemos en esta región para enfocarnos en Centroamérica. También de esta reunión bilateral con México, con el presidente mexicano y con su equipo de trabajo, sus miembros del gabinete, llegamos a un entendimiento: vamos a hacer un diálogo económico que va a incluir a miembros importantísimos del gabinete estadounidense, trabajando con líderes importantísimos de México, para expandir nuestra relación económica, entendiendo la interdependencia y la interconexión entre Estados Unidos y México. En relación con nuestras economías, hemos visto durante toda la historia que hay una relación muy directa cuando a uno le está yendo bien, al otro también le está yendo bien. Y con mucho orgullo les puedo decir que la OCDE recientemente anunció que en Estados Unidos va a haber un aumento en nuestro PIB 6.9%, y que es el crecimiento más grande que hemos tenido en 40 años. Nosotros pensamos que esta prosperidad será compartida por la naturaleza y se puede compartir con nuestros vecinos más cercanos. Hablamos también sobre acuerdos relacionaos con seguridad. Insisto, la cuestión sobre el contrabando pero también el tráfico de armas, el tráfico de drogas, hablamos

específicamente del fentanilo,<sup>16</sup> y también la necesidad de que haya seguridad en los puertos de México, el presidente está trabajando en esto, entendiendo que mucho viene de China a través de México y llega por la frontera hacia Estados Unidos. Aquellos que están en Estados Unidos saben el daño que ha causado cuando se convierten en opioides y el terrible estrago que ha causado en nuestro país, la interconexión y la interdependencia son sumamente importantes. También de nuestra reunión de hoy, anunciamos 130 millones de dólares estadounidenses que dedicaremos al movimiento de reforma laboral en México. El Presidente Joe Biden y yo, nos sentimos orgullosos del hecho que seremos la administración más pro sindicalista que hemos visto. Y de esa manera nosotros vemos una alineación con el liderazgo y la dirigencia mexicanos. Tuvimos esa reunión hoy con líderes sindicales, activistas sindicales, profesionales, abogados, personas que están organizando a otras personas directamente en el terreno para ver cómo podemos apoyar, entendiendo una vez más la interconexión que tenemos entre Estados Unidos y México en relación con la fuerza laboral, la fuerza del trabajo. Esto es parte del trabajo que hemos hecho estos dos días.

Los asuntos que ya llevan ahí mucho tiempo, por su propia naturaleza, nunca se van a resolver de la noche a la mañana, pero sí es importante que avancemos, que tengamos algo de progreso, soy optimista del potencial con relación a ese progreso. También creo por otro lado que si vemos la capacidad de las personas, y si invertimos en su capacidad, veremos enormes rendimiento sobre nuestra inversión, entonces haciendo dicho esto, muchas gracias y con gusto tomo sus preguntas".<sup>17</sup>

De las preguntas más relevantes y que sirven para este estudio son particularmente dos, ambas de la corresponsal de The Wall Street Journal:

**Primera pregunta:** Vicepresidenta Harris, en su conversación durante este viaje ¿compromisos para expandir permisos de trabajo, para personas solicitantes de asilo, han hablado de esto?, ¿llegó usted a acuerdos con el presidente López Obrador para que México acepte a más solicitantes de asilo que son rechazados en Estados Unidos?

**Kamala Harris:** Hablamos sobre la necesidad por ejemplo de reexaminar restricciones de viajes, se hizo un anuncio después de mi reunión con el presidente López Obrador que quizá ustedes ya conozcan, estamos formando un grupo de trabajo para plantear estos asuntos y ver cómo podemos avanzar en este sentido de flexibilizar las instrucciones de viaje. Y también sobre qué hará México en términos de aumentar sus visas temporales y visas laborales en relación con las personas que vienen de la frontera sur, no hay todavía

<sup>16</sup> DW DOCUMENTAL, La epidemia del fentanilo en América del Norte, en YouTube, 6 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=AXTx7j9Bq6c> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>16</sup> Nota: las negritas son propias.

<sup>17</sup> MILENIO DIGITAL, Kamala Harris da conferencia de prensa en México, en YouTube, 8 de junio de 2021. Disponible en: [https://youtu.be/2Hc5R6\\_PUfo](https://youtu.be/2Hc5R6_PUfo) Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

nada concreto en los compromisos pero lo incluimos en las deliberaciones. No, no hablamos del Título 42.

**Segunda pregunta:** La separación de los niños durante la administración de Trump, la reunificación, sabemos que todavía quedan cientos de niños que no han encontrado a sus familias. ¿Usted piensa que habrá algunos que nunca serán reunificados?, ¿y esta administración apoyará a estas familias para que puedan quedarse en Estados Unidos?

Creo que eso fue una política cruel, separar a los hijos de sus padres, y muchos de ellos niños muy pequeños, muy jóvenes, el presidente siente lo mismo, y en la administración esto se ha convertido en una alta prioridad, para reunir a estos niños con sus padres. La manera en que se implementó esta política, cuando se implementó, nosotros llegamos después de esto, es primero ubicar a las personas, literalmente encontrar a las personas, localizarlas. Y no podemos vernos en esta tarea y tomará mucho trabajo, pero vale la pena hacer ese trabajo, continuaremos haciendo este trabajo.<sup>18</sup>

#### V. Análisis y conclusiones

Como podemos observar, las promesas de campaña y las primeras acciones de la Administración Demócrata se interpretaron por el mundo entero, pero en particular, por países como México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Haití, como un cambio de las políticas migratorias estadounidenses que les daba la bienvenida al “*Sueño Americano*”.

Las duras críticas expresadas por la Administración Biden hacia la pasada administración como un gobierno cruel, hicieron suponer a los migrantes que ellos sí les iban a brindar un trato justo y humanitario a su llegada a la frontera.

De acuerdo con el Título 8 del Código de los Estados Unidos, toda aquella persona que llegue a un punto de tránsito internacional, o cruce la frontera fuera de estos puntos, se entregue y solicite ayuda a las autoridades migratorias, tiene derecho a un juicio migratorio justo para verificar: 1) su condición migratoria, 2) si es merecedor de la condición de refugiado o, 3) sino procede ninguna de las anteriores, se verifique si el solicitante tiene méritos para obtener el estatus de protección temporal, TPS por sus siglas en inglés.

El nuevo gobierno, al ver desbordada la frontera sur a tan solo dos meses de su llegada (enero 78,442, febrero 101,117, marzo 173,337, abril 178,854 y mayo 180,0034), no tuvo otra opción que echar mano de una herramienta que apenas empezaba a ser utilizada por la administración Trump, el Título 42 del Código de los Estados Unidos, Salud Pública y Bienestar.

Con el Título 42 se securitiza la migración, es decir, los migrantes económicos y también los refugiados, se tornan una amenaza prominente para la seguridad nacional,<sup>19</sup> so pretexto de la pandemia mundial de COVID-19. Negándoles con ello, el derecho a un juicio migratorio justo y

expulsándolos de manera expés. Es decir, sin ser oídos y vencidos en juicio y sin importar las razones por las cuales tuvieron la imperiosa necesidad de llegar a la frontera.

Tras las duras críticas del Partido Republicano, de Donald Trump<sup>20</sup> y la comunidad latina en los Estados Unidos por la gestión de la frontera sur, el Presidente Joe Biden y la Vicepresidenta Kamala Harris, agendaron una visita con carácter de urgente por parte de Harris, para atender “*los problemas de raíz*” del fenómeno, pasar tiempo con las personas y repartir millones de dólares.

La Vicepresidenta Harris no abordó con el gobierno de Guatemala ni con el de México, el uso inhumano del *Título 42* en su frontera sur. Sin embargo y a modo de conclusión, se coincide con la Vicepresidenta Harris en los siguientes puntos:

1. El “asunto” migratorio por su propia naturaleza, nunca se va a resolver de la noche a la mañana.
2. Creemos en el potencial y la capacidad de las personas y de la migración como una fuente de riqueza económica y cultural en todo el mundo.
3. La realidad es que casi todas las personas cuando se van a los Estados Unidos, no se quieren ir y casi todas se quieren regresar. Migran porque es su última opción.
4. La Administración Trump fue una administración cruel al separar a los niños de sus padres y echar mano de políticas anti inmigrantes como el uso del Título 42.
5. La postura oficial de los Estados Unidos respecto de la migración latinoamericana es una, y muy clara: ¡NO VENGAN!

<sup>20</sup> Nota: el expresidente Donald Trump afirmó el viernes que la frontera con México “está totalmente fuera de control gracias al desastroso liderazgo” del actual gobernante, Joe Biden, y lo instó a poner fin a lo que definió como una “pesadilla fronteriza”. “Nunca ha habido un momento en nuestra frontera sur como el que está sucediendo ahora, pero lo que es más importante es lo que está a punto de suceder: (...) los inmigrantes ilegales de todos los rincones de la Tierra descenderán a nuestra frontera y nunca serán devueltos”, subrayó Trump en un comunicado de su oficina, basada en Palm Beach, donde reside desde enero pasado.

El expresidente trazó un panorama apocalíptico en el que es su mensaje más agresivo contra la Administración del demócrata Biden desde que este lo reemplazó en la Casa Blanca, y vertió elogios hacia el presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, al que calificó como “maravilloso”. Ver: EFE EDITOR, “Pesadilla fronteriza”: Trump critica políticas de Biden y llama “maravilloso” a AMLO, EFE, 6 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.telemundowashingtondc.com/noticias/inmigracion/trump-critica-politicas-inmigracion-de-joe-biden-y-llama-maravilloso-a-amlo-mexico/2046835/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

<sup>18</sup> Ídem.

<sup>19</sup> Nota: seguridad sanitaria.

## VI. Fuentes

### Libros

ARMENDARES, Pedro Enrique, La política migratoria de Trump, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2018. Disponible en: [https://www.senado.gob.mx/BMO/index\\_htm\\_files/La\\_politica\\_migratoria\\_Trump\\_distribucion.pdf](https://www.senado.gob.mx/BMO/index_htm_files/La_politica_migratoria_Trump_distribucion.pdf) Fecha de consulta: 26 de octubre de 2020.

GERSTLE, Gary, American Crucible, Race and Nation in Twentieth Century, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1997.

MUNGUÍA SALAZAR, Alex, La política migratoria de los Estados Unidos, Puebla, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015.

RAWLS, John, Teoría de la Justicia, México, FCE, 2014.

WELLMAN, Christopher Heat y COLE, Phillip, Debating the ethics of immigration, Is there a right to exclude? New York, Oxford University Press, 2011.

WELLMAN, Christopher Heat, Liberal rights and responsibilities, Essays on citizenship and sovereignty, New York, Oxford University Press, 2014.

### Artículos de investigación

TREVIÑO RANGEL, Javier, ¿De qué hablamos cuando hablamos de la “securitización” de la migración internacional en México?, en Foro Internacional, vol. 56, no. 2, México, abr/jun 2016. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-013X2016000200253](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2016000200253) Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

### Investigaciones periodísticas

DEL MONTE MADRIGAL, Juan Antonio, Las expulsiones bajo el Título 42: el gobierno de Biden continúa una política xenófoba de Trump, NEXOS, marzo 2021. Disponible en: <https://migracion.nexos.com.mx/2021/03/las-expulsiones-bajo-el-titulo-42-el-gobierno-de-biden-continua-una-politica-xenofoba-de-trump/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

DW DOCUMENTAL, La epidemia del fentanilo en América del Norte, en YouTube, 6 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=AXTx7j9Bq6c> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

### Internet

BIDEN HARRIS DEMOCRATS, Plan Biden para la migración, 2020. Disponible en: <https://joebiden.com/es/inmigrantes/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

EFE EDITOR, “Pesadilla fronteriza”: Trump critica políticas de Biden y llama “maravilloso” a AMLO, EFE, 6 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.telemundowashingtondc.com/noticias/inmigracion/trump-critica-politicas-inmigracion-de-joe-biden-y-llama-maravilloso-a-amlo-mexico/2046835/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

MILENIO DIGITAL, Kamala Harris da conferencia de prensa en México, en YouTube, 8 de junio de 2021. Disponible en: [https://youtu.be/2Hc5R6\\_PUfo](https://youtu.be/2Hc5R6_PUfo) Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

MOLINARES IONE, Biden pide a los migrantes que “no vengan a Estados Unidos”, CNN LATAM, 17 de marzo de 2021. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/video/biden-a-migrantes-no-vengan/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

PAGLIUCA, Silvana, Las 8 promesas de campaña de Joe Biden, nuevo presidente electo de Estados Unidos, AL DÍA DALLAS, Sección Español, 7 de noviembre del 2020. Disponible en: <https://www.dallasnews.com/espanol/al-dia/estados-unidos/2020/11/07/las-8-promesas-de-campa- de-joe-biden-nuevo-presidente-electo-de-estados-unidos/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

REDACCIÓN BBC News Mundo, Biden presidente: las 17 primeras medidas con las que empieza a revertir las políticas de Trump, BBC News Mundo, 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55729207> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

US. CBP., Encuentros fronterizos terrestres del suroeste, 9 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/southwest-land-border-encounters> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

US. CBP., CBP anuncia actualización operativa de mayo de 2021, 9 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/cbp-announces-may-2021-operational-update> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

WHITEHOUSE, Las prioridades inmediatas de la administración Biden-Harris, 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/es/prioridades/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

WHITEHOUSE, Orden ejecutiva sobre el establecimiento de un grupo de trabajo interinstitucional sobre la reunificación de familias, 2 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/02/executive-order-on-the-establishment-of-interagency-task-force-on-the-reunification-of-families/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

WHITEHOUSE, Orden ejecutiva sobre la creación de un marco regional integral para abordar las causas de la migración, gestionar la migración en América del Norte y Central y proporcionar un procesamiento seguro y ordenado de los solicitantes de asilo en la frontera de los Estados Unidos, 2 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/02/executive-order-on-creating-a-comprehensive-regional-framework-to-address-the-causes-of-migration-to-manage-migration-throughout-north-and-central-america-and-to-provide-safe-and-orderly-processing/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

WHITEHOUSE, Orden ejecutiva sobre el restablecimiento de la fe en nuestros sistemas legales de inmigración y el fortalecimiento de los esfuerzos de integración e inclusión para los nuevos estadounidenses, 2 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/02/executive-order-on-restoring-faith-in-our-legal-immigration-systems-and-strengthening-integration-and-inclusion-efforts-for-new-americans/> Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

## CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES SOBRE LA NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGLAMENTO

### Autores

Juan Carlos BENALCÁZAR GUERRÓN

A José Célleri Aguilera

*In memoriam*

**Sumario:** I. Introducción. II. Justificación de la facultad reglamentaria. III. Límites de la facultad reglamentaria y del reglamento. IV. El principio de reserva de ley. V. Diferencias entre los reglamentos y los llamados “actos administrativos de efectos generales”. VI. Consecuencias jurídicas de la declaración de irregularidad de los reglamentos

### I. Introducción

El reglamento es uno de los actos jurídicos de la Administración pública que tiene enorme importancia para la regulación de las relaciones jurídicas que se establecen entre la autoridad administrativa y los administrados.

Sin embargo, es posible observar, tanto en la doctrina como en la legislación, algunas confusiones sobre su naturaleza y régimen jurídico, como se aprecia en la calificación de “acto legislativo” de la Administración pública, sin dejar de lado algunas imprecisiones en el intento de distinguirlo de otros actos que produce la autoridad administrativa, como es el caso de la confusión con el denominado “acto administrativo de efectos generales”.

Es importante también la referencia a los límites de la facultad reglamentaria y del reglamento, temática cuyo tratamiento en la ley no consideramos satisfactorio. Igualmente, merece una particular atención la problemática de la declaración de nulidad de un reglamento y sus efectos.

El presente trabajo tiene por objetivo aclarar algunas cuestiones esenciales, como son las mencionadas. El punto de referencia es la legislación mexicana y ecuatoriana.

### II. Justificación de la facultad reglamentaria

El reglamento es una de las fuentes formales del Derecho administrativo. Proviene del ejercicio de una facultad normativa que el Constituyente ha depositado en la Administración pública, como se aprecia, entre otras normas, en el número 13 del artículo 147 de la Constitución ecuatoriana y en la fracción I del artículo 89 de la Constitución mexicana.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”.

Dicha facultad, como advierten García de Enterría y Fernández,<sup>2</sup> plantea una paradoja con el principio de división de funciones que hace indispensable, *ab initio*, una explicación y justificación, a saber, si cada una de las funciones del Estado debe corresponder a un órgano constitucional específico e independiente, ¿cómo se explica que la Administración pública dicte normas, al igual que el Legislador?

Empezamos por precisar que norma es un género. Es una regla de conducta, una ordenación de la razón, como definía Santo Tomás. En este sentido, el reglamento y la ley son especies del género norma, pero al decir de García de Enterría y Fernández, difieren en todo lo demás.<sup>3</sup>

Para explicar el fundamento y justificación de la facultad reglamentaria y del reglamento, consideramos que el punto de partida está en la noción de Administración pública como función. Se trata de una gestión de la autoridad,<sup>4</sup> de una actividad que busca lograr los cometidos y objetivos públicos –el bien común, en suma– en cuanto requiere de una realización *inmediata y práctica*.<sup>5</sup> La actividad de la Administración pública, por esta característica esencial de su obrar, es la que más cercanía y contacto tiene con los problemas de la sociedad y con los administrados. La Administración, en efecto, es la que organiza y presta los servicios públicos, realiza obras, mantiene el orden, atiende a la educación, a la salud, provee de recursos, y un largo etcétera. Pero también la que soporta los cambios, vicisitudes, emergencias y requerimientos que su gestión y pretensión de realización práctica implican.

Por estas razones, como destaca Francisco Tinajero Villamar, la facultad reglamentaria y el reglamento se justifican jurídicamente, no por una delegación legislativa, sino por la necesidad:

*[...] de normas movibles, flexibles, no de la rigidez de la Ley, susceptibles de fácil reforma y actualización, que emanen de un criterio técnico, no circunstancial, que suponga la realización de la amplia discrecionalidad típica de la administración pública, para la solución de asuntos que son de su competencia.*<sup>6</sup>

La facultad reglamentaria y el reglamento, en efecto, son herramientas que tiene la Administración pública para atender los asuntos de su competencia y brindar seguridad jurídica en la relación administración – administrados.

Constitución de la República del Ecuador: “Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: [...]”

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”.

<sup>2</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, 12a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 183 y ss.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>4</sup> Véase, Martín Mateo, Ramón y Díez Sánchez, Juan José, Manual de derecho administrativo, 29a. ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters, 2012, pp. 26-27.

<sup>5</sup> Véase, Zanobini, Guido, Curso de derecho administrativo, trad. de la 5a. ed. italiana por Héctor Masnatta, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, t. I, p. 22.

<sup>6</sup> Tinajero Villamar, Francisco, “La potestad reglamentaria”, La reforma de la Constitución, Quito, Ildis-Jurispuce, 1988, p. 128.

### III. Límites de la facultad reglamentaria y del reglamento

El reglamento no es una ley, aunque ambos pertenezcan al género norma jurídica. La justificación de la facultad reglamentaria y del reglamento que quedan indicados, permiten afirmar que estos se circunscriben estrictamente a lo que es *cometido y competencia propia de la Administración pública*, tanto como función como organización. De ahí tenemos una primera solución a la paradoja antes indicada sobre la coexistencia de la Función Legislativa con una potestad normativa en la Administración pública: la facultad reglamentaria y el reglamento tienen un ámbito limitado de regulación jurídica, que es distinto al de la ley.

Destacan García de Enterría y Fernández que *la materia sobre la que puede regular el reglamento marca la primera* diferencia con la ley.<sup>7</sup> La ley puede tratar sobre cualquier aspecto de la vida humana en sociedad. Es la norma jurídica cuya función es crear un orden en la convivencia, a través de preceptos que reglan la conducta humana en todos los ámbitos de su vida en la comunidad políticamente organizada. Por ello, el ámbito normativo de la ley es ilimitado: puede tratar sobre los bienes, la familia, los contratos, el proceso, los delitos, las penas, etcétera.

La materia reglamentaria, por el contrario, se ciñe estrictamente a los ámbitos donde la Administración pública tiene un cometido, competencia o función que cumplir. Esta limitación de contenido marca también el respeto y coherencia con el principio de división de funciones. La facultad reglamentaria y el reglamento no pueden exceder lo que es propio de la Administración pública, pues ello implicaría desbordar dicha potestad hacia lo que corresponde al Legislador.

Por lo demás, la más obvia de las limitaciones del reglamento es la prevista en las constituciones de México y de Ecuador: el reglamento no puede contravenir o alterar lo que disponen las leyes. Esto se comprende fácilmente al tener presente la justificación y limitación normativa del reglamento, además del alcance del principio de división de funciones.

### IV. El principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley, como explica Miguel Alejandro López Olvera, consiste en que, conforme a la Constitución, existen materias que sólo pueden ser reguladas por una cabal ley, en sentido material y formal.<sup>8</sup>

En efecto, el artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador establece que se requerirá de ley en los seis casos que contempla dicha norma, lo que significa dos aspectos: que la regulación de dichas materias está vedada al reglamento y que la ley exclusivamente debe ocuparse de normar sobre tales asuntos, sin que quepa delegación legal alguna, total o parcial, para que una norma reglamentaria complete o se ocupe de estas materias.<sup>9</sup> En la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, se reserva a la ley la determinación de tipos penales y de las sanciones por delitos, como establece el párrafo tercero del artículo 14 y la imposición tributaria, como dispone la fracción IV del artículo 31.<sup>10</sup> Se incluyen, además, las normas que afecten sensiblemente a la política interior o exterior del país; que tengan relación con el derecho de propiedad; y, los derechos humanos.<sup>11</sup>

Sin perjuicio de tratar particularmente los casos comunes a la legislación mexicana y ecuatoriana y de proponer una explicación particular para cada uno, es válido partir de la consideración general de que la Administración pública es la función y organización estatal que tiene un contacto directo e inmediato con la ciudadanía y con las problemáticas de la vida social. Ello determina que los vedamientos que se desprenden para el reglamento por el principio de reserva de ley comporten una *garantía* de los bienes, valores y estructuras constitucionales, pues la ley, a diferencia del reglamento, es una norma que se caracteriza por su estabilidad y permanencia, además de que exige procedimientos especiales para su expedición que, si bien no están exentos de errores, impiden la improvisación. Estas características hacen de la ley una norma idónea para regular las materias reservadas a la ley.

#### 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales

En un Estado de derecho, la Administración pública tiene obligaciones, que son correlativas a los derechos que la Constitución reconoce a las personas. *Ius et obligatio sunt correlata*. Dichos derechos tienen una custodia procesal muy especial a través de varios mecanismos que prevé la Constitución.

Los derechos constitucionales son expresión jurídica de bienes o valores inherentes a la naturaleza humana o de requerimientos que la persona exige para su desarrollo integral. Estos derechos constituyen un *límite infranqueable* al ejercicio del poder público, y en el preciso caso de la Administración pública, un elemento que condiciona y modela su obrar.

---

interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales".

<sup>10</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Artículo 14. [...]"

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

<sup>11</sup> López Olvera, Miguel Alejandro, op. cit., en nota 8, p. 109.

<sup>7</sup> Ibidem, pp. 181, 182 y 206.

<sup>8</sup> López Olvera, Miguel Alejandro, Tratado de la facultad reglamentaria, México, Editorial Porrúa, 2007, p. 105.

<sup>9</sup> Constitución de la República del Ecuador: "Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de

La Administración pública –que es la función que mayor contacto tiene con el ciudadano y con las problemáticas concretas que presenta la vida social– tiene en los derechos constitucionales un coto a cualquier abuso del poder y un conjunto de exigencias que debe atender y respetar. Por su parte, las garantías jurisdiccionales corrigen cualquier acto u omisión atentatoria que comete la autoridad administrativa y tutelan los derechos que puede violar con sus conductas.

Estas reflexiones permiten comprender que el reglamento, norma que proviene de la misma Administración pública, no es una norma idónea para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Simplemente, es parte interesada, es la autoridad contra la cual se ejercen dichos derechos y garantías, de modo que mal se pudiese otorgar a la facultad reglamentaria la regulación de estos bienes y valores que reconoce la Constitución, porque su vigencia y eficacia resultaría nula, o en el mejor de los casos, hartamente precaria.

La situación del legislador es distinta frente a la ciudadanía. A ello se suma que la ley requiere de un procedimiento solemne, en el cual existe debate dentro de un órgano colegiado en el que no existe relación jerárquica entre sus miembros y que además tiene muchas más garantías de permanencia y estabilidad que el reglamento, norma que se caracteriza por su flexibilidad y fácil reforma y actualización. Definitivamente, es la ley la norma idónea para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y para brindar seguridad jurídica al titular de ellos: la persona.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, podemos observar esta reserva de ley sobre derechos y garantías constitucionales en la concordancia entre los artículos 1, 14 y 16. El artículo 1 establece que toda persona gozará de los derechos y garantías que reconoce la Constitución mexicana, los cuales “*no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece*”. Ahora bien, en virtud de los artículos 14 y 16, cualquier acto de molestia o restricción de derechos tiene que hacerse mediante acto que se sustente en la ley, lo cual proscribió que el reglamento pueda afectar a los derechos y garantías constitucionales con normas que los limiten o reduzcan.

En la Constitución de la República del Ecuador, el número 1 del artículo 132 es categórico, sólo por ley se puede regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, lo cual excluye definitivamente a la regulación por reglamento o norma de rango inferior a la ley.<sup>12</sup>

## 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes

Permitir que un reglamento tipifique delitos y penas supone un riesgo de violación a los derechos fundamentales. Nuevamente, la flexibilidad y fácil reforma que caracteriza a los reglamentos no brinda seguridad jurídica a las personas, especialmente, en relación con su libertad y propiedad.

<sup>12</sup> Constitución de la República del Ecuador: “Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

Por otra parte, consideramos que un gobierno despótico, una autoridad administrativa arbitraria y llena de desafuero, tal como ha experimentado recientemente el Ecuador, perfectamente podría utilizar la facultad reglamentaria para reprimir a sus adversarios o imponer a las personas los caprichos de un déspota.

El número 2 del artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador concuerda con el número 3 del artículo 76, según el cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sería inconstitucional, entonces, que se establezcan infracciones y sanciones administrativas en instrumentos normativos de rango inferior a la ley, como sucede con los reglamentos y las ordenanzas.<sup>13</sup>

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los artículos 14 y 16 imponen que la tipificación de delitos y penas se reserve al Legislador. A diferencia de lo que ocurre en Ecuador, en el artículo 21 de la Constitución de México, se permite tipificar por reglamento las infracciones y sanciones administrativas:

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

En el derecho ecuatoriano existe total rigidez de la reserva de ley en materia sancionadora, sólo se pueden tipificar en una ley delitos, penas, infracciones y sanciones administrativas. Cabe destacar que este uno de los postulados más violados que puede encontrarse en el ordenamiento nacional. Numerosos reglamentos, ordenanzas, acuerdos ministeriales, etcétera prevén infracciones administrativas con las correspondientes sanciones. Incluso, auténticas leyes derivan el establecimiento de sanciones a dichas normas de rango inferior, temática que simplemente contradice a la Constitución porque las facultades del legislador no son delegables a la autoridad administrativa.

<sup>13</sup> Constitución de la República del Ecuador: “Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: [...]

2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

En nuestra opinión, esta patología no es tan alarmante como parece. Es correcto que en el caso de delitos y penas haya una estricta reserva de ley. No sucede igual con las infracciones y sanciones administrativas, por lo que consideramos que la Constitución ecuatoriana se excede en el número 3 del artículo 76 y, contrariamente a la idea de garantía del ciudadano, priva a la Administración pública de una herramienta indispensable para cumplir con sus funciones.

En efecto, los delitos y penas se distinguen de las infracciones y sanciones administrativas por su fundamento y fin. Los primeros implican un menoscabo a bienes jurídicos protegidos que son indispensables para la vida social, de tal modo que su violación implica un grave desorden que debe ser reprimido con un mal que debe soportar el delincuente. Por su parte, las infracciones administrativas suponen conductas del administrado que entorpecen la actividad de la Administración pública y estorban al cumplimiento de sus cometidos, pero no alteran el orden y la convivencia social. Por ejemplo, no contar con equipos de seguridad contra incendios en establecimientos comerciales, no llevar contabilidad o no facturar.

Las infracciones administrativas se sancionan con *multas o con correctivos*. Lo que se pretende no es reprimir al administrado, sino *disuadirle* de no obstruir la acción de la Administración pública, y en caso de hacerlo, *corregir* su comportamiento. Así, la clausura del establecimiento inseguro o del local en el que se venden mercancías sin factura, son la consecuencia necesaria de una oficina o empresa que está impedida de funcionar normalmente, según el ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando la infracción sea corregida por el infractor, perfectamente se puede revocar la clausura.

Las infracciones y sanciones administrativas bien pueden constar en los reglamentos. Restringir a la ley la previsión de dichas conductas ilícitas priva a la autoridad de un mecanismo necesario para lograr obediencia, que es la facultad sancionadora. Distinto es que en normas de rango inferior a la ley se tipifiquen delitos y penas, pues ello, como dijimos, constituye un grave riesgo para los derechos fundamentales. Como dice Parejo Alfonso, la sanción administrativa, que es consecuencia de las acciones ilícitas del administrado, *constituye un instrumento auxiliar para el logro del interés general que persigue la Administración pública* y no puede convertirse, legítimamente al menos, en un instrumento de real punición retributiva soslayando la sede natural de esta.<sup>14</sup>

### 3. Regulación de la obligación tributaria sustantiva

En las constituciones de México y de Ecuador, está vedado al reglamento establecer contribuciones (o tributos) por un instrumento de rango reglamentario, por lo cual sólo se pueden crear, modificar o extinguir por una ley.

En la Constitución de México, el artículo 31 fracción IV se establece que es deber de los mexicanos,

Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Por su parte, en el artículo 132 número 3 de la Constitución ecuatoriana se dispone que sólo por ley se pueden crear, modificar o extinguir tributos (o contribuciones), salvo las tasas (derechos) y contribuciones especiales, que la Constitución permite regular a los municipios, provincias y regiones mediante ordenanza. No obstante, dichas tasas y contribuciones, destinadas al financiamiento del gasto público local, no se pueden regular libremente, sino que están supeditadas a las normas especiales que contempla el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, de modo que sí existe una limitación legal que reglamenta la materia y permite que el contribuyente goce de la debida seguridad jurídica.

Es importante destacar que la prohibición que hacen las constituciones de México y de Ecuador se refieren a los elementos esenciales de los tributos o contribuciones, que son el hecho imponible, la materia imponible, la base imponible las exenciones y deducciones, la tarifa o tasa y los sujetos de la contribución o tributo.

La limitación que deriva de la reserva de ley en materia tributaria no alcanza a las obligaciones tributarias administrativas o formales, que son aquellas que permiten la recaudación, determinación, control, etcétera de los contribuyentes y de los tributos. Estas obligaciones, por ejemplo, son las de llevar contabilidad, declarar, facturar, etcétera, que sí pueden regularse por reglamento, pues la Administración tributaria requiere de estas normas de rango inferior a la ley para facilitar su gestión.

### V. Diferencias entre los reglamentos y los llamados “actos administrativos de efectos generales”

Las normas jurídicas se caracterizan por ser abstractas y preceptivas. Estos caracteres, que comparte obviamente la norma reglamentaria se opone a otros actos de los órganos administrativos que se circunscriben al ámbito de los asuntos concretos, como es el caso de la determinación de una obligación tributaria o de la imposición de una multa. De esta primera delimitación, se puede destacar a los actos que se refieren a un asunto particular, noción esta que da una primera aproximación al concepto de acto administrativo.

Sin embargo, la alusión al asunto particular, y sobre todo la distinción de los actos administrativos respecto de las normas que dicta la Administración pública, ha producido serias confusiones conceptuales y prácticas. Así, se acude al criterio del “efecto general” o “*erga omnes*” y del “efecto individual” para distinguir, respectivamente, a las normas de los actos administrativos.

<sup>14</sup> Parejo Alfonso, Luciano, “Reflexiones sobre la necesidad de depurar el estatus de la sanción administrativa”, en Brewer Carías, Allan, Parejo Alfonso, Luciano y Rodríguez Libardo (Coords.), La protección de los derechos frente al poder de la administración. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Bogotá, Temis, 2014, p. 864.

<sup>15</sup> Véase, Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=general](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=general) y [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=individual](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=individual).

La primera interrogante para despejarse sería, entonces, qué debe entenderse por “general” y por “individual”. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en las acepciones que podrían aplicarse a nuestra temática, general es lo “Común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente”; mientras que individual es lo “Perteneiente o relativo al individuo”, o bien, lo “Particular, propio y característico de alguien o algo”. Desde el punto de vista jurídico, lo general sería propio de las normas, en el sentido de que se sus efectos rigen para todas las personas sin discriminación, mientras que lo individual se referiría a lo que es característico de un ser, circunstancia, relación o situación jurídica determinados.

Es muy relativo hablar de que lo general es propio de las normas y lo individual lo de los actos administrativos. Por ejemplo, si se dice que en la avenida Colón de la ciudad de Quito está prohibido estacionar, la restricción sería válida para todas las personas y, por consiguiente, la idea de que lo general o erga omnes es propio de las normas llevaría a pensar que se trata de una disposición de tipo normativo. Pero desde otra perspectiva, también es válido considerar que la avenida Colón de la ciudad de Quito es un ente determinado y específico, distinto de otras avenidas de la misma localidad, y que la prohibición de estacionar puede haberse establecido en consideración a sus características específicas de longitud, carga de tránsito, etcétera. Además, es igualmente acertado aseverar que tal impedimento es resultado de aplicar a la avenida Colón la norma jurídica que autoriza a la autoridad pública a apreciar las vicisitudes del tránsito para impedir el estacionamiento en ciertos lugares.

### 1. Distinción entre norma jurídica y acto administrativo

Como se pudo apreciar, el criterio de lo “general” y de lo “individual”, al menos en sentido puramente cuantitativo, no constituye un fundamento claro y exacto para diferenciar las normas de los actos administrativos.

Para una adecuada distinción, es preferible partir del concepto de norma jurídica, la cual, como dice Dabin, traduce la noción de *disciplina, de regla de conducta que regula las relaciones de los hombres entre sí dentro de una sociedad organizada*.<sup>16</sup> Por el contrario, el acto administrativo no tiene carácter normativo, sino que constituye la *resolución de la autoridad que versa sobre un asunto concreto y particular, y que pretende la aplicación del derecho a un problema determinado*.

Como regla de conducta, precepto o disciplina, la norma jurídica tiene un carácter *abstracto, impersonal*, y propiamente en este sentido, *general*. La norma jurídica contiene una *hipótesis* o las previsiones de aplicación de la regla, previstas de modo abstracto; y una *solución* o efecto

<sup>16</sup> Cfr. Dabin, Jean, *Teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 13-15. El autor citado define al derecho en los siguientes términos: “[...] conjunto de reglas de conducta dictadas o, al menos, recibidas y consagradas por la sociedad civil, bajo la sanción de la coacción pública, al efecto de establecer en las relaciones entre los miembros del grupo un cierto orden: el que postulan el fin de la sociedad civil, así como el mantenimiento de la sociedad como instrumento consagrado a ese fin”. *Ibidem*, p. 18.

que se aplica a dichas condiciones o hipótesis, en modo de *disposición* o *principio rector del comportamiento*. La norma jurídica, como regla de conducta, no dispone para situaciones particulares o singulares, sino que establece un precepto que debe seguirse ante una situación hipotéticamente prevista.<sup>17</sup>

### 2. Precisiones sobre la noción del acto administrativo como resolución que versa sobre un asunto concreto y particular

Como dijimos anteriormente, el acto administrativo constituye una resolución que versa sobre un *asunto concreto y particular*, características éstas que se refieren al *problema, situación o circunstancia*, pero no al aspecto cuantitativo, esto es, el número de destinatarios de una disposición o decisión administrativa. En el ejemplo propuesto anteriormente de la avenida Colón de la ciudad de Quito, se observó que a pesar de que todos los individuos debían abstenerse de estacionar en ella, la prohibición se refería, de modo determinado y preciso, a dicha avenida, la cual constituye un ser distinto de otros, por sus circunstancias y características, y en relación con la problemática de la posibilidad de estacionarse en ella.

Del mismo modo, podría hablarse de la orden de que toda la población del Ecuador se cense en una fecha determinada, del establecimiento del volumen máximo de pesca de una variedad, de la jubilación de un funcionario, el ascenso de un militar al grado superior o de la autorización de funcionamiento de una farmacia.<sup>18</sup> En los primeros casos, pese a lo indeterminado de los destinatarios, no existe una regla de conducta, sino una disposición aplicable únicamente a un problema singular, de tal modo que estamos frente a actos administrativos. Así mismo, estos actos que carecen de un destinatario determinado tienen en común con la jubilación, el ascenso y la autorización el referirse a un asunto concreto y particular.

El acto administrativo no es regla de conducta, porque carece del carácter abstracto y preceptivo de la norma. Ahora bien, cuando se define al acto administrativo como una resolución que se refiere a un “asunto concreto y particular” se alude a las características del asunto y de las consecuencias jurídicas que se buscan, pero no al número de destinatarios.

### 3. Crítica de la noción de acto administrativo de efectos generales

En virtud de lo que se ha expuesto hasta este momento, puede afirmarse que los denominados

<sup>17</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 66 y ss.

<sup>18</sup> Justamente, en el caso No. 0488-2004-RA, el antiguo Tribunal Constitucional del Ecuador se refirió a la excepción de improcedencia del amparo constitucional frente a una resolución que determinaba, entre otros aspectos, el volumen de pesca del pepino de mar en Galápagos y una veda. En aquella ocasión, la autoridad demandada y la Procuraduría General del Estado alegaron que dado lo general o erga omnes del acto impugnado, se trataba de una norma y, por tanto, que era improcedente el amparo constitucional. El Tribunal, advirtió que no constituye un criterio válido para determinar la presencia de una norma jurídica el solo carácter general, en sentido cuantitativo, de la disposición, sino que había que analizar si el acto consistía en una regla de conducta.

“actos administrativos de efectos generales” o “actos administrativos de carácter general” son, en esencia, disposiciones de la autoridad pública que versan sobre un asunto concreto y particular, con la única salvedad de que afectan a un número indeterminado de sujetos.

Por lo demás, al ser sustancialmente actos administrativos, tanto aquellos de “carácter o efecto general”, como aquellos de “carácter o efecto individual”, deben someterse al mismo régimen jurídico porque no se trata de figuras que requieran de una regulación distinta. Como se ha visto, la pura cuestión de número de destinatarios es relativa y, por sí misma, no justifica un tratamiento diferente o una especialidad dentro de la temática de los actos administrativos.

#### **V. Consecuencias jurídicas de la declaración de irregularidad de los reglamentos**

Una de las temáticas de gran importancia en el estudio de los reglamentos es la relacionada con los efectos de un reglamento irregular, esto es, ilegal. Consideramos que la consecuencia de dicha ilegalidad es la nulidad del instrumento reglamentario.

Si por nulidad entendemos la ineptitud de un acto jurídico para producir efectos de derecho, debido a que adolece de un vicio o patología jurídica que lo impide, sería nulo un reglamento que viola cualquiera de los límites de regulación a los que nos hemos referido a lo largo de este trabajo, de tal forma que, tratándose de una norma jurídica, simplemente debe dejar de regir.

La solución, no obstante, merece muchas precisiones. En primer término, la declaración por parte de un juez de la ilegalidad, y, por tanto, de nulidad de un reglamento implica una derogatoria que debe publicarse necesariamente en el Registro Oficial en Ecuador, o en México en el Diario Oficial de la Federación o en el órgano oficial de una entidad federativa, pues la privación de vigencia de la norma debe ser conocida por todos, a través de la publicación.

Por otra parte, por principio de seguridad jurídica, la sentencia de los tribunales debe regir hacia el futuro, ya que, siendo una norma jurídica, se requiere tutelar la buena fe de quienes aplicaron o confiaron en la regularidad de la norma reglamentaria.

Las situaciones jurídicas favorables que un administrado haya adquirido en virtud de un reglamento que luego es declarado ilegal presentan algunas problemáticas. Ante todo, la seguridad jurídica y el principio de buena fe exigen que se mantengan dichas situaciones, salvo que sean nocivas para el interés público. En este último caso, de ser posible, cabría alguna compensación al administrado, por el principio de responsabilidad pública.

De todos modos, en caso de un reglamento que viole derechos fundamentales, es necesario que la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad tenga efectos retroactivos. Aquí el reglamento habrá violado uno de los elementos esenciales sobre los cuales se asienta el orden constitucional, de modo es preciso que se repare este quebranto para que dichos derechos no dejen de ser eficaces.

#### **Palabras finales**

Terminamos esta exposición básica sobre la facultad reglamentaria y del reglamento destacando que se trata de una herramienta indispensable para la labor que cumple la Administración pública. El reglamento brinda seguridad jurídica en la relación que se establece entre la autoridad administrativa y el administrado, permite la regulación técnica de los asuntos que son de competencia de la Administración, facilita la adecuación de su labor a las cambiantes necesidades de la sociedad.

La ausencia de estudios y de regulación sobre la facultad reglamentaria y el reglamento, particularmente en el Ecuador, no obsta a una existencia cuantiosa de instrumentos normativos de origen administrativo en muchísimas materias, como el medio ambiente, la agricultura, los recursos hídricos, los medicamentos, etcétera.

Es menester que las leyes de México y de Ecuador traten minuciosamente de los aspectos esenciales de esta fuente formal del Derecho administrativo, a saber, los procedimientos para dictar reglamentos, de la participación del ciudadano o de sectores interesados en ellos, de sus funciones y límites, sin dejar de lado la posibilidad de impugnación y de remediación de las consecuencias negativas que produce un reglamento nulo.

Esta regulación indudablemente contribuirá a evitar el abuso de la facultad reglamentaria y favorecerá una mejor relación entre la Administración pública y los ciudadanos.

## SERVICIOS PÚBLICOS, SITUACIONES DISRUPTIVAS Y REGULACIÓN EFICIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DIGITAL

### Autores

Vivian Cristina Lima López Valle<sup>1</sup>

### Resumen

El artículo discute las posibilidades de regulación en el ambiente de la Administración Pública Digital. Aborda la insuficiencia de las capacidades regulatorias existentes para regulación de las innovaciones tecnológicas y de la inteligencia artificial, proponiendo el desarrollo de una nueva racionalidad para la relación jurídico-administrativa, capaz de proteger derechos fundamentales sin frenar los cambios disruptivos que ocurren en los servicios públicos en el ambiente digital. El objetivo consiste en permitir la satisfacción de los derechos fundamentales a través de los servicios públicos, apuntando hacia la necesidad de un régimen jurídico diferenciado, protector de la persona digital. El artículo sustenta la necesidad de resustancialización la función ordenadora estatal con el desarrollo de bases teóricas para una regulación eficiente y una adecuada de servicios públicos digitales.

**Palabras clave:** Servicios públicos digitales. Innovaciones tecnológicas. Inteligencia Artificial. Regulación eficiente. Administración Pública.

**Abstract:** *The article discusses the possibilities of regulation in the Digital Public Administration environment. It addresses the insufficiency of existing regulatory capacities to regulate technological innovations and artificial intelligence, proposing the development of a new rationality for the legal - administrative relationship, capable of protecting fundamental rights without curbing the disruptive changes that occur in public services in the digital environment. The goal is to allow the satisfaction of fundamental rights through public services, pointing to the need for a differentiated legal regime, protecting the digital persona. The article supports the need to resubstantialize the state ordering function, with the development of theoretical bases for an efficient and adequate regulation of digital public services.*

**Keywords:** *Digital public services. Technological innovations. Artificial intelligence. Efficient regulation. Public administration*

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Doctora y Magister en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná. Especialista en Contratación Pública por la Universidad de Coimbra en Portugal. Especialista en Derecho Administrativo por el Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos- IBEJ. Coordinadora del Curso de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Coordinadora del Curso de Especialización en Licitaciones y Contratos de

## 1. Situaciones disruptivas y capacidades regulatorias de la Administración en el ambiente digital

La Administración Pública Digital exige la identificación de una nueva racionalidad jurídica para la regulación de las innovaciones tecnológicas y de la inteligencia artificial, capaz de mantener rígidas las garantías al interés público y al mismo tiempo resustancializar la relación jurídica administrativa para viabilizar el progreso y la satisfacción de los derechos sociales realizados a través de la prestación de los servicios públicos.

Esa resustancialización exige un cambio paradigmático,<sup>2</sup> en cuanto forma, estilo y contenido, que debe llevar en consideración las relaciones de internalidad y externalidad en el Derecho Administrativo en la era digital, especialmente considerando las relaciones entre Derecho, Tecnología, Economía, Política y Regulación.

El Derecho Administrativo organizado según matrices del siglo XX ignora realidades que siquiera tenían consideradas en su existencia hasta mediados del siglo XXI. Las situaciones disruptivas a exigir regulación estatal siguiendo nuevos paradigmas están por todos los lados, fruto de la emergencia tecnológica del siglo XXI. Algunas de ellas apenas como ejemplo:

- a) Transporte individual de pasajeros por aplicativos y su encuadramiento jurídico;
- b) Utilización de la inteligencia artificial para asistencia de la toma de decisiones públicas a partir de bases de datos virtuales,
- c) Regulación de *fake news*, especialmente relacionadas al procesamiento de imágenes adulteradas y su utilización para influencia en la toma de decisión pública;

---

la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Miembro del Instituto Paranaense de Derecho Administrativo y del Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar. Miembro de la Comisión de Gestión Pública de la Orden de Abogados de Brasil- Sección Paraná Abogada especializada en Derecho Público.

<sup>2</sup> El concepto de paradigma, oriundo de la historia de la ciencia, puede ser aplicado a la transformación de orientación en el Derecho Administrativo en general y en la función ordenadora y regulatoria en especial. Thomas Kuhn, al construir el concepto de paradigma, lo utiliza en dos sentidos: (i) constelación de creencias, valores, técnicas, etc., compartidas por los miembros de una comunidad determinada; (ii) un tipo de elemento de esa constelación: las soluciones concretas de rompecabezas de ciencia normal. En ese sentido la ciencia se desarrolla en dos fases: a) ciencia normal: ocurre cuando el paradigma es aceptado por la amplia mayoría de la comunidad científica. Los científicos siguen las reglas básicas establecidas por el padrón científico de la comunidad. Esas bases no están sujetas a críticas y cuestionamientos radicales. b) ciencia revolucionaria: cuando no se consigue resolver más los problemas dados a partir de los parámetros del paradigma dominante, se inicia un proceso de crisis. La exigencia de la solución de problemas acumulados permite que se elabore un nuevo paradigma. Ese tipo de ciencia se procesa en el momento del cambio paradigmático. El desarrollo de la ciencia no ocurre gradual y continuamente: su transformación ocurre paradigmáticamente. El nuevo paradigma es delineado a partir de principios diversos del paradigma decadente, de nuevas formulaciones teóricas. Cada paradigma produce sus propias condiciones de científicidad. El concepto de paradigma consiste en un modelo de racionalidad, en un padrón teórico, hegemónico en determinados momentos de la historia y aceptado por la comunidad que lo utiliza como fundamento del saber en la búsqueda de comprensiones y soluciones. KUHN, Thomas. A estruturação das revoluções científicas. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

d) Automación de vehículos (y la necesidad de implementación de seguridad y de revisión de las categorías de responsabilidad civil);

e) Direccionamiento de contenidos y de la formación de opinión pública y de grupos específicos a través del análisis algorítmico de perfiles y subjetividades de los ciudadanos obtenidas en las diferentes bases de datos disponibles en el espacio de las redes sociales virtuales;

f) Utilización por los Tribunales de Cuentas de robots en el análisis de los procesos de contratación pública;

g) Utilización por los tribunales de softwares para la toma de la decisión judicial.

Estos temas exigen nuevas interacciones en la relación entre Estado y Sociedad y nuevas matrices administrativas, con una reconstrucción de varias categorías del Derecho Público que simplemente no consiguen regular de forma satisfactoria y suficiente las relaciones disruptivas innovadoras, contemporáneas y cada vez más presentes e intensas en el cotidiano de la Administración Pública en el siglo XXI.

En ese ambiente, la protección de datos sensibles y la definición de patrones para la toma de decisión orientados a los parámetros de desarrollo sostenible y del adecuado servicio público establecidos en la Constitución, precisan estar en el centro de la resignificación de la función ordenadora estatal en la Administración Pública Digital.<sup>3</sup> La Ley General de Protección de Datos propicia una importante discusión regulatoria, especialmente en lo relacionado con la exigencia de motivación suficiente del proceso de toma de decisión algorítmica y de la protección de los datos sensibles. Juárez Freitas señala en ese punto, que las atenciones deben estar orientadas para fornecer respuestas a dos situaciones determinantes en el siglo XXI: *“La regulación proporcional de las innovaciones y las transiciones efectivas para la sostenibilidad, en sus múltiples dimensiones”*.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Maurizio Fioravanti afirma que la regulación a partir de dimensiones de lo Público y Privado y apunta que no son otra cosa sino dos dimensiones fundamentales de la democracia y cuestiona si existe un modelo constitucional sobre el cual es posible orientar un correcto relacionamiento entre lo Público y Privado: “las dos dimensiones fundamentales de la democracia, ambas necesarias para la propia vida de la democracia. Por un lado, la libertad de los privados y el principio de la libre autodeterminación de los individuos, por otro, la fuerza y la autoridad de la cosa pública. Ninguna democracia es imaginable sin esas dos dimensiones. No es por acaso que una de las principales tareas de las constituciones democráticas es aquella que establece el espacio y la profundidad de uno y de otro, de lo Público y de lo Privado, y, por tanto, de establecer también los límites de cada uno, el punto para más allá del cual el Público tiene a exorbitar y a violar arbitrariamente las esferas de los individuos, y el punto para más allá del cual, en la dimensión inversa, la extensión de los poderes de los privados tiende a amenazar la integridad de la cosa pública”. Para el autor, si eso no fuere claro y común, la crisis se instala en las democracias y en el espacio público y en el espacio privado tiene a excederse y a amenazarse recíprocamente, entrelazándose de modo disfuncional, con perjuicio para ambos y para la sociedad civil. FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013.

<sup>4</sup> FREITAS, JUAREZ. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

La construcción de una doctrina de interés público que no se fije en la dicotomía público-privada es indispensable para la construcción de nuevos paradigmas en el Derecho Administrativo. Rótulos muy estancados segmentan y fraccionan las complejas realidades del ambiente de la inteligencia artificial e imposibilitan una vista más allá del Derecho, sustancializando y resustancializando por la interpenetración de las externalidades de la Política, de la Economía, del Mercado, de la tecnología y de la propia sociedad civil.

## 2. La cuarta revolución industrial, los peligros de la inteligencia artificial no regulada y la necesidad de la resustancialización de la función ordenadora estatal

La Cuarta Revolución Industrial posibilita la fusión del ambiente físico, digital y biológico, abriendo espacios para relaciones jurídicas e interacciones inimaginables en el siglo XX. La velocidad, la amplitud y la profundidad de esta revolución exige un repensar del apoyo de la regulación estatal y de la protección jurídica de los individuos. Para Klaus Schwab la Cuarta Revolución Industrial es responsable por el control y la oportunidad de nuevas formas de colaboración y gobernabilidad. Pero alerta por la necesidad de aceptación de una responsabilidad colectiva para la creación de un futuro en que la innovación y la tecnología sirven a las personas.<sup>5</sup>

El ambiente de la inteligencia artificial es el ambiente de una silenciosa y desestructurante revolución del Derecho Administrativo del siglo XX de base decimonónica, enfocado en el sujeto de derecho “de carne y hueso” y en las relaciones jurídicas absolutamente más simples, directas y no autónomas. La inteligencia artificial puede corromper con la lógica de la pureza de la decisión pública a partir de reales percepciones de la realidad. Abre espacio para la manipulación a partir de preconceptos, sugestionamiento de sesgos inconscientes y tergiversando la voluntad a partir de imágenes preconcebidas de personas, cosas o situaciones, definiendo y limitando personas o un grupo de personas en la sociedad a través de estereotipos. Ese ambiente necesita de otra regulación estatal y otra actuación ordenadora, invita a una “osada relectura de la sustancia, el estilo y el método de la regulación estatal, a la vista del fenómeno de las decisiones artificiales autónomas”.<sup>6</sup>

La regulación de la utilización de la inteligencia artificial en la prestación de los servicios públicos, en la formulación de políticas públicas y en la toma de decisión para su implementación es pauta de las más relevantes. Al mismo tiempo, navegar sobre el asunto resulta preciso. El miedo de la utilización indebida de la inteligencia artificial y de la tergiversación de la toma de decisión pública no puede sobreponerse al inexorable progreso tecnológico y a la digitalización del mundo contemporáneo y de las relaciones jurídico administrativas en el siglo XXI.

Si navegar es preciso, el camino hacia el desarrollo pasa por la investigación de las posibilidades de la regulación estatal en el ambiente de la Administración Pública contemporánea, impactada

<sup>5</sup> SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016.

<sup>6</sup> FREITAS, JUAREZ. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Op. Cit.

por la revolución 4.0 y por las innovaciones disruptivas en el ambiente de prestación de servicios públicos digitales. Este es un tema que debe ser urgentemente enfrentado para combatir el abuso de poder, la utilización indebida de datos, la asimetría de la información, y las demás posibilidades tergiversadas de la manifestación y los desdoblamientos de la inteligencia artificial.

Carolina Henrique da Costa Braga apunta que hay cada vez más un uso de algoritmos por la sociedad, analizando el posicionamiento de Jack Balkin sobre la existencia de una Sociedad Algorítmica.<sup>7</sup> Jack Balkin analiza que en la sociedad contemporánea la toma de decisión social y económica ya está siendo realizada por la inteligencia artificial y construye la noción de Sociedad Algorítmica.<sup>8</sup> La regulación de ese ambiente de sociedad basada en algoritmos es tarea del Derecho Administrativo y debe ser construida siguiendo parámetros de inclusión, no manipulación, dignidad, desarrollo sostenible y derecho al futuro. Una resustancialización de la propia función ordenadora y regulatoria estatal orientada a la atención real y efectiva de los conflictos en el ambiente de servicios públicos digitales, a la preservación de la verdad real en la justificación de la formulación de políticas públicas y de la exención en el campo de la escogencia pública en sus más variadas posibilidades.

Esa revolución 4.0 no exige apenas un nuevo modelo regulatorio de prestación de servicios públicos. Exige una reestructuración de los pilares de la función de la regulación administrativa. Un abandono de conceptos tradicionales creados para atender las realidades que ya no existen más. En jaque, está la presunción de legitimidad y de veracidad de los actos administrativos, la motivación y el deber de fundamentación de la toma de decisión, la publicidad del camino lógico de la decisión algorítmica, la noción de servicio público adecuado, la proporcionalidad en la regulación, la propia noción de la función ordenadora, los contornos de la responsabilidad civil extracontractual, más allá de los nuevos desafíos de impersonalidad, buena fe, seguridad jurídica, eficiencia, juzgamiento objetivo y moralidad.

La efectividad de la toma de decisión pública delante de decisiones algorítmicas es igualmente objeto de cuestionamiento y análisis delante de las inmensas posibilidades descortinadas por la inteligencia artificial.<sup>9</sup> Cass Sunstein apunta para esas preocupaciones en el ámbito regulatorio y defiende que la actuación del gobierno debe corresponder con la generación de automatismos

enfocados hacia la simplicidad, donde servicios públicos deben ser identificados de modo natural e intuitivo por los ciudadanos.<sup>10</sup>

Diversos son los espacios de utilización de la inteligencia artificial internalizados en el cotidiano de la Administración Pública que necesitan de un análisis. Un buen ejemplo es la utilización por el Tribunal de Cuentas de la Unión de tres robots: Alice,<sup>11</sup> Sofia,<sup>12</sup> y Mónica,<sup>13</sup> que auxilian la tarea de

---

Martin Hilbert, Saifuddin Ahmed, Jaeho Cho, Billy Liu e Jonathan Luu in "Communicating with Algorithms: A Transfer Entropy Analysis of Emotions-based Escapes from Online Echo Chambers, Communication Methods and Measures", 12:4, 2018, pp. 260-275. FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Op. Cit. También es relevante apuntar los análisis de Cass Sustein, que igualmente apuntan para esas preocupaciones. SUNSTEIN, Cass. Going to Extremes. NY: Oxford University Press, 2009.

<sup>10</sup> SUNSTEIN, Cass R. Simpler: The Future of Government. Nova York: Simon & Schuster, 2013. p. 222.

<sup>11</sup> Alice está activa desde febrero de 2017 y "é um acrônimo para Análise de Licitações e Editais. O robozinho lê editais de licitações e atas de registro de preços publicados pela administração federal, além de alguns órgãos públicos estaduais e estaduais. Para isso, coleta informações do Diário Oficial e do Comprasnet, o sistema que registra as compras governamentais. A partir daí, ela elabora uma prévia do documento e aponta aos auditores se há indícios de desvios. Verifica, por exemplo: se um edital exige dos participantes certidões que o TCU não considera pré-requisitos, como documentos de regularidade junto ao CREA; se a licitação está prestes a entregar uma contratação para alguma empresa impedida de contratar junto à administração pública; se as empresas concorrentes têm sócios em comum.". Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acceso en: 15 out. 2019.

<sup>12</sup> Sofia es un robot de edición de textos: "A Sofia é um robozinho que vai no texto do auditor e tenta achar algo que pode ser alguma coisinha que ele deixou passar ou alguma informação que ele devia saber", comenta el director sobre el trabajo del robot, cuyo nombre es una abreviación para Sistema de Orientación sobre hechos e indicios para el auditor. Por ejemplo: en un texto que propone punición a una empresa, ella puede indicar si hay sanciones contra la compañía o si ella consta en procesos en el tribunal. O todavía apuntar si la empresa posee otros contratos con la Administración Pública. Alice, Sofia y Mónica son interfaces de un sistema mayor, llamado Laboratorio de Informaciones de Control (LabContas). El funciona como el "cerebro" de los robots y es de donde ellas sacan las informaciones en que basan sus sugerencias y opiniones, el reúne 77 bases de datos como: Registro de cuentas gubernamentales, Lista de Políticas públicas, composición societaria de empresas, contrataciones que poseen recursos públicos; servidores públicos procesados por instancias de control. "No Labconta, essas informações estão colocadas em um local único e de forma integrada. Isso nos permite ver em perspectiva o impacto de uma coisa sobre a outra", explica Silva. Más allá de eso, el sistema posee tecnologías que permiten el cruzamiento de información de una base con los datos de otra. Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acceso en: 15 out. 2019.

<sup>13</sup> "Monica, que é a abreviação de Monitoramento Integrado para Controle de Aquisições. Ela traz informações sobre as compras públicas na esfera Federal, incluindo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público. O robô faz um trabalho mensal de obtenção de dados, com exceção das informações sobre pregões que são atualizadas semanalmente. Além disso, a tecnologia permite que sejam feitas buscas rápidas por palavras-chave no objeto das aquisições. Além dos três robôs, fazem parte das ferramentas de trabalho do tribunal de contas 77 diferentes bancos de dados. Eles

---

<sup>7</sup> BRAGA, Carolina Henrique da Costa. Decisões automatizadas e discriminação: pesquisa de propostas éticas e regulatórias no policiamento preditivo. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019. Disponible en: <http://portal.estacio.br/media/4679621/carolina-henrique-da-costa-braga.pdf>. Acceso en: 15 out. 2019.

<sup>8</sup> "Indeed, we are rapidly moving from the age of the Internet to the Algorithmic Society. We will soon look back on the digital age as the precursor to the Algorithmic Society. What do I mean by the Algorithmic Society? I mean a society organized around social and economic decision making by algorithms, robots, and AI agents; who not only make the decisions but also, in some cases, carry them out." BALKIN, Jack M. The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data (August 27, 2017). Ohio State Law Journal, Vol. 78, (2017), Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper No. 592. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2890965>. Acceso en: 5 out. 2019.

<sup>9</sup> Juarez Freitas indica una interesante lectura sobre los hallazgos que permiten el empleo responsable de los algoritmos;

fiscalizar la existencia de fraudes en licitaciones, ayudan a los auditores en la redacción de textos y monitorean las contrataciones públicas. Otro ejemplo es el Sapiens, donde la Abogacía General de la Unión (AGU) ha utilizado inteligencia artificial y procedimientos automatizados para agilizar el trabajo jurídico de procuradores.<sup>14</sup> También es relevante indicar el programa Victor en el Supremo Tribunal Federal, que pretende traer mayor eficiencia en el análisis de procesos, con economía de tiempo y de recursos humanos.<sup>15</sup>

La necesidad de rediscusión de los pilares del Derecho Administrativo para una mejor atención de la solución óptima y de la ventajosidad en la relación jurídica administrativa exige racionalidad diversa de aquella establecida para la Administración Pública de los siglos XIX y XX. La inteligencia artificial produce demandas relacionadas con la mutabilidad innovadora que le es peculiar, imposibles de ser solucionadas en el modelo regulatorio actual.

### 3. Regulación digital eficiente y servicio público adecuado

El Derecho Administrativo contemporáneo es un Derecho en cierta medida en conflicto con su tiempo y ese hecho fue reconocido como premisa del presente análisis, así como la necesidad de construcción de un instrumento teórico suficiente y adecuado para disciplinar sus actuales desafíos.<sup>16</sup> En estos términos, frente a los dos aspectos explicitados, surge la necesidad de crearse nuevos aportes en la dogmática del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo que ofrezcan soluciones para la regulación suficiente y efectiva de la inteligencia artificial, de los e-servicios, de las interacciones digitales que impactan la relación jurídico administrativa.

Lo que se busca es el desarrollo como una de las premisas de esa nueva realidad administrativa, la cual necesariamente influenciará la prestación de servicios públicos en Brasil.<sup>17</sup> En último

análisis, esa concepción es elemento de extremo significado, pues garantiza la promoción del bienestar social a través de la consecución del servicio público digital y permite, al menos, el direccionamiento en la conducción de las actividades necesarias a la colectividad, especialmente cuando se sitúan tales actividades en el contexto de un espacio público no estatal.

La ley brasilera de Protección de Datos Personales (Ley 13.709/2018) está delineando algunos caminos, especialmente en lo relativo al control de la motivación y de la explicación del camino de la toma de decisión lógica de la decisión tomada con base en inteligencia artificial.<sup>18</sup> De hecho, en el art. 20 hay un claro y expreso reconocimiento de que el titular de los datos tiene derecho a solicitar la revisión de decisiones tomadas únicamente con base en el tratamiento automatizado de datos personales que afecten sus intereses, incluidas las decisiones destinadas a definir su perfil personal, profesional, de consumo y de crédito o los aspectos de su personalidad, siendo que el controlador de los datos deberá suministrar, siempre que solicitada, informaciones claras y adecuadas respecto de los criterios y de los procedimientos utilizados para la decisión automatizada.

La LGPD establece como fundamentos de acción estatal en la protección de datos el respeto a la privacidad, la autodeterminación informativa, la libertad de expresión, de información, de comunicación y de opinión, la inviolabilidad de la intimidad, de la honra y de la imagen, el desarrollo económico y tecnológico, la innovación, la libre iniciativa, la libre concurrencia, la defensa del consumidor y la promoción de los derechos humanos, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y el ejercicio de la ciudadanía por parte de las personas naturales.<sup>19</sup>

También disciplina que las actividades de tratamiento de datos personales deberán observar la buena fe y los principios de finalidad, adecuación, necesidad, libre acceso, cualidad de los datos, transparencia, seguridad, prevención, no discriminación, responsabilidad y prestación de

incluem os registros de contas governamentais, a composição secretária das empresas pelo CNPJ, contratações que tenham recursos públicos e as informações sobre os servidores públicos processados por instâncias de controle.” Revista Consultor Jurídico, 2 de junho de 2019. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-02/tres-robos-auxiliam-trabalho-tribunal-contas-uniao>. Acceso en: 5 out. 2019.

<sup>14</sup> Disponible en: <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/100362832/agu-aposta-em-inteligencia-artificial-e-automacao-de-processos-para-agilizar-trabalhos-juridicos>. Acceso en: 5 de outubro de 2019.

<sup>15</sup> Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422699>. Acceso en: 5 out. 2019.

<sup>16</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

<sup>17</sup> Se debe apuntar que la premisa tradicional afirmada por Celso Antônio Bandeira de Mello de que servicio público es una comodidad material considerada de interés público, que otorga bienestar y dignidad en sociedad, que está enteramente condicionada a un régimen jurídico de derecho público, indeclinable en la satisfacción de los derechos de los ciudadanos, acaba por no ser mas sustentable en un ambiente de complejidad e innovación tecnológica. El autor defiende que la noción de servicio público solo existe en cuanto concepto jurídico en la medida en que ofrece un punto de referencia de normas aplicables a determinadas situaciones, refutando la propuesta de servicio de interés económico general. Se acredita ser el

servicio público la prestación que el Estado coleccionó por su relevancia y que considero que no podía ser ejercida solamente por el mercado. En su exposición defiende que no existe crisis del servicio público y que esa continuidad imprescindible en la realidad brasilera. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço Público no Direito Brasileiro: a falsa crise. In: CONGRESSO IBERO AMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Curitiba. Anais... Curitiba: IPDA, 23 jun. de 2003. Esa premisa, de un régimen exclusivamente de derecho público, que inadmite prácticas consensuales en que se pretende demostrar que no encuentra más espacio en el ambiente de la complejidad de los contratos de larga duración en el ordenamiento jurídico brasilero.

<sup>18</sup> Sobre todo, en la redacción del Artículo 20. Sobre el asunto Juarez Freitas expone que “o direito à explicação, consagrado no art. 20 da, assegura o acesso à intimidade dos passos lógicos que conformam a decisão artificial inteligente. Em face disso, na seara administrativa, impõe-se dilatar o espectro eficaz da publicidade e da motivação. Quer dizer, o descumprimento da obrigação de revelar os passos lógicos norteadores da decisão artificial provoca a inversão do ônus da prova do nexo de causalidade, a favor do atingido. Nas relações de administração, ao Poder Público incumbe provar que os algoritmos eleitos não acarretam efeitos juridicamente lesivos, hostis aos fundamentos congruentes de fato e de direito. E cabe fazê-lo de maneira explícita, como determina a Lei de Processo Administrativo.” (FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Op. Cit., p. 18).

<sup>19</sup> Art. 2º, Ley n. 13709/18.

cuentas.<sup>20</sup> Igualmente, la ley de Defensa de los Usuarios de Servicios Públicos, Ley No. 13460/17, trata de la regulación de servicios públicos en el ambiente digital, disciplinando específicamente derechos de los usuarios y estableciendo la buena fe del particular. Se trata de una presunción enteramente compatible con el derecho fundamental a la buena Administración Pública.<sup>21</sup>

Y cuando se analiza el capítulo específico de los derechos de los usuarios hay una clara orientación para la actividad regulatoria estatal, definiendo el derecho de obtención y utilización de los servicios con libertad de escogencia entre los medios ofrecidos y sin discriminación, el acceso y obtención de informaciones relativas a su persona constantes de registros o bancos de datos y la protección de su información personal.<sup>22</sup>

La cuarta revolución industrial, especialmente en el ámbito de la utilización de la inteligencia artificial, exige una fuerte y adecuada regulación para apartar las vicisitudes que la utilización malintencionada, indebida, discriminatoria, direccionadora y estereotipada de algoritmos puede causar en el proceso de decisión pública y en la prestación de servicios públicos. Al mismo tiempo, tan necesario en cuanto cohibir usos indebidos de la inteligencia artificial es no restringir las innovaciones disruptivas y su potencial transformador, significativamente en los aspectos de desburocratización de servicios públicos, con la digitalización de los servicios y la ampliación del acceso a estos, la reducción de distancias y desigualdades, con la ampliación de oferta y de calidad en espacios como el transporte individual de pasajeros a través de aplicativos, por tratar algunos ejemplos.

La regulación estatal eficiente y adecuada en la Administración Pública precisa aplicar proporcionalidad en el ejercicio de la función ordenadora para no impedir el progreso y el acceso al futuro digital y a todas sus potencialidades. Y en ese punto las capacidades regulatorias de la Administración Pública Contemporánea están en colapso porque fueron pensadas para una relación jurídico administrativa presencial, física, analógica, no digital y precisan ser reinventadas. Los frentes de reinención son significativos y pasan igualmente por la regulación de los derechos de la persona digital.<sup>23</sup>

Egon Bockmann Moreira apunta la necesidad de construcción de derechos fundamentales para humanos digitales. Es más, ya existe una minuta de Carta de los Derechos Digitales de la Unión Europea, ampliando la percepción de derechos fundamentales para el mundo digital.<sup>24</sup> El autor versa sobre la persona digital una nueva dimensión existencial (relacionada a la dimensión de datos, informaciones digitalizadas y perfiles que el individuo analógico asume en el ambiente virtual) y la

interacción de la Inteligencia Artificial algorítmica esta nueva dimensión. ¿Esa nueva configuración de la raza humana, digital, que en su mayor percepción desconoce esa condición, necesita de protección diferenciada y de derechos fundamentales? ¿Merece la persona digital consideración y protección. Autónoma en la condición de derecho fundamental del ser humano digitalizado? Estas son preguntas pertinentes. Moreira se posiciona en el sentido de que la “persona digital tiene autonomía diferenciada y merece ser protegida de métricas que desconoce”.<sup>25</sup>

La regulación eficiente del ambiente digital, aquí simplemente denominada “regulación digital”, pasa a ser vector de orientación de ese proceso de reinención del Derecho Administrativo y de la propia democracia. La preocupación con la distorsión antidemocrática de las exigencias públicas y privadas es una pauta prioritaria en el siglo XXI. La insuficiencia del espectro normativo analógico de la función ordenadora para dar respuestas a los problemas ahora referenciadas exige una construcción teórica robusta e intensa sobre la regulación digital, con la definición de un régimen jurídico propio, instrumentos de cautela y prevención contra el uso indebido, ilegítimo y antidemocrático de datos, plataformas y máquinas robots para el direccionamiento de la escogencia pública y privada. Sobre todo la llamada intimidad del proceso decisorio algorítmico,<sup>26</sup> que influencia la decisión pública, es de urgente regulación, pues está en el centro de diferentes innovaciones disruptivas. En el ambiente del régimen jurídico administrativo digital, la inteligencia artificial impone la construcción de una nueva dogmática, ampliada frente a la persona digital y de la necesidad de la construcción de un espectro de derechos dentro del ambiente digital.

Se hace importante en la contemporaneidad la investigación de la regulación digital de servicios públicos y la reconstrucción del concepto de servicio adecuado, con reformulación del concepto de adecuación del servicio público, especialmente considerando sus aspectos relacionados en la actualidad, mutabilidad del régimen jurídico administrativo, universalidad y la necesidad de

<sup>25</sup> “A nossa pessoa digital é oferecida àqueles que pretendem nos transformar ainda mais, que definem o que queremos comprar, votar, como ser felizes e com quem conversar. Existe previsão, monitoramento e controle dos seres humanos digitais – que, sublinhe-se, são distintos dos reais. A provocação que desejo fazer é a seguinte: tais conjuntos de dados e métricas merecem conhecimento e proteção pautada em si mesmos? Possuem dignidade existencial? Os dados em que nos transformamos instalam novos direitos fundamentais, a protegê-los e blindá-los? Enfim, eu defendo que minha pessoa digital tem autonomia diferenciada e merece ser protegida de métricas que desconhece. Ela não pode ser apresentada aos outros – mesmo sem nome – sem saber quem é e quais são seus interlocutores. Sua personalidade digital não pode ser construída por terceiros anônimos. A pessoa digital é a titular da nova dimensão de direitos fundamentais: o ser humano, quando se digitaliza, merece proteção nessa condição. Hoje, o caminho é inverso. Os seres humanos foram transformados em personas digitais, com material orgânico semelhante ao contido na mente dos replicantes. Precisam clamar, nessa condição virtual, pelos correspondentes direitos fundamentais para humanos digitais.” MOREIRA, Egon Bockmann. Direitos Fundamentais para Humanos Digitais. Disponible en: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/direitos-fundamentais-para-humanos-digitais/>. Idem.

<sup>26</sup> La expresión es de Juárez Freitas. FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

<sup>20</sup> Art. 6º. Ley n. 13709/18.

<sup>21</sup> “Art. 5º, II –presunção de boa-fé do usuário; XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações.”

<sup>22</sup> Art. 6º. Ley n. 13460/17.

<sup>23</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Direitos Fundamentais para Humanos Digitais. Disponible en: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/direitos-fundamentais-para-humanos-digitais/>. Acceso en: 5 out. 2019.

<sup>24</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Direitos Fundamentais para Humanos Digitais. Idem.

conformación de un régimen de prestación virtual, como e-servicios, por ejemplo. Por la regulación digital debe establecer transparencia, motivación, publicidad, deber de fundamentación de la toma de decisión y acceso al proceso de formación y programación algorítmica. También es deseable la fijación de parámetros que impidan selectividad, direccionamiento indebido de opinión, contaminación de escogencias democráticas, con resignificación de la impersonalidad y la prohibición de estereotipos en la discriminación utilizados por la inteligencia artificial, en proceso decisorios judiciales y administrativos.

La actualidad del tema envuelve múltiples dimensiones y posibilidades de investigación<sup>27</sup>:

- a) Control de la prestación de servicios públicos a la distancia, servicios públicos digitales, con implicaciones en la accesibilidad y desburocratización y con reducción de las distancias en los servicios públicos de salud y educación a través de funcionalidades de la inteligencia artificial;
- b) Concepción de gobierno como plataforma, con utilización del espacio virtual para ampliación del acceso a la participación popular y a la ciudadanía digital;<sup>28</sup>
- c) Control del empleo de la inteligencia artificial y regulación de la programación de algoritmos y de su utilización en la toma de decisión pública;
- d) Creación de una nueva teoría de los actos y hechos administrativos, relacionada con el ser digital y sus interacciones con la Administración Pública digital;
- e) Regulación de la constitución de “smart cities”, en formulación de la planeación urbanística;
- f) Control del proceso de reclutamiento de personal en concursos públicos a partir del análisis algorítmico del perfil, con la necesaria explicitación de los parámetros de la escogencia algorítmica;
- g) Control de la utilización de robots en los procesos de contratación pública, con afectación de la eficiencia, ventajosidad y competición;
- h) Utilización del “blockchain” como plataforma descentralizada y distribuida en bloques, viabilizadora de la desburocratización de gestión administrativa.

La inteligencia artificial aplicable a las contrataciones públicas y a los procesos de selección legal de proponentes resignifica las ideas de ventajosidad, meritocracia y de solución adecuada. La regulación digital en ese aspecto viabilizará un juzgamiento objetivo de variables y de subjetividades que pueden alterar la escogencia pública con ventajas indebidas, las cuales en una última *ratio* podrían inclusive ser encuadradas en los moldes de la improbabilidad administrativa.

El ambiente de la responsabilidad extracontractual del Estado es profundamente impactado en el ambiente de la Administración Pública Digital, y nuevas posibilidades de nexo causal delante de la acción u omisión hacen concebir nuevas e inéditas dimensiones de responsabilidad estatal, y sobre todo en la toma de decisión algorítmica que afecta la esfera jurídica individual e impone una obligación desproporcional, anormal y excesiva.

La noción de eficiencia en el servicio público, relacionada en el ambiente analógico a la racionalidad de costos, relación costo-beneficio y patrones de calidad pueden ser profundamente afectados por la escogencia algorítmica.

En el ambiente de la contratación administrativa la utilización de robots en las contrataciones públicas requiere ser calibrada para no reducir competición y direccionar concursos. Sin embargo, en este punto la necesidad de una nueva regulación digital, situación que asume contornos más graves en la medida en que la Administración Pública contemporánea atraviesa una intensa contractualización de sus actividades y a través de contratos administrativos de larga duración se estabilizan políticas públicas, muchas de ellas hasta por 35 años. La escogencia algorítmica que lleva al contrato requiere ser pensada especialmente en relación al régimen concesionario.

Importante destacar que en el ambiente de la contratación pública europea esa discusión gana espacio e importancia, especialmente para el desarrollo de tramitación electrónica de procedimientos, como observa Josep Ramon Fuentes i Gasó: “La nueva legislación supone un cambio de gran calado en la concepción de la contratación pública en el conjunto del Estado Español, debido a su orientación estratégica y su apuesta por la simplificación de trámites, al avanzar en la tramitación electrónica de procedimientos y en la garantía de la efectividad y la eficiencia”.<sup>29</sup>

La ética, la moralidad y la buena fe en la programación algorítmica impondrá a la regulación digital, el desafío de establecer en el ordenamiento mecanismos efectivos para evitar y cohibir la manipulación de datos y de decisiones a partir de preconceptos, estereotipos, de sesgos subliminarios y deturpación de la formación de la voluntad.

La presunción de legitimidad de la acción administrativa en ese ambiente digital a partir de la Ley General de Protección de Datos es profundamente revisitada, especialmente por la inversión de la obligación de la prueba a favor del ciudadano, habiendo abertura positiva para la construcción de un modelo de presunción de legitimidad basado en la buena fe del usuario del servicio público, lo que es absolutamente subversivo a lo instituido en el régimen jurídico administrativo

<sup>27</sup> Y el autor todavía destaca que “Falta, en general, apostar por la publicidad de la información asociada a las contrataciones y plantear los procedimientos de contratación no ya como una cuestión burocrática, sino como una herramienta estratégica de cuyo adecuado desarrollo va a depender la garantía de los principios de transparencia e integridad pública y, por lo general, el avance hacia una gestión contractual innovadora y moderna orientada a la transformación digital de las administraciones públicas.” (FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; JUNCOSA I VIDAL, Carme. La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 64-124, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.23466).

<sup>27</sup> FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Op. cit.

<sup>28</sup> “o governo como plataforma, que utiliza a IA como centro da estratégia de prestigiar a cidadania digital, participativa e continuada, coenunciadora e cofiscalizadora de opções públicas. Nessa perspectiva, Comissão de Juristas, integrada por esse autor, designada pela Câmara de Deputados, sugeriu, em 2018, anteprojeto de lei que disciplina a prestação de serviços públicos digitais, prevendo avaliação continuada de políticas públicas, via aplicativos e expressa prioridade do autosserviço digital.” FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Idem.

para la Administración analógica y en lo mínimo impone una flexibilidad de raciocinio todavía no debidamente explorada.

La toma de decisión artificial impacta los parámetros tradicionales de seguridad jurídica, exigiendo un repensar del tratamiento de invalidez por error administrativo. Pero, de hecho, de todas estas posibilidades de investigación, la proporcionalidad en la regulación digital se presenta como el gran desafío de la dogmática a ser construida.

El futuro es impresionantemente imprevisible, impactante e inmediato, con posibilidades significativas de reducción de desigualdades, acceso universal a los servicios públicos y al desarrollo. Sin embargo, la sustentabilidad desde el punto de vista de la legitimidad democrática de las escogencias públicas y privadas requiere ser asegurada por la regulación digital.<sup>30</sup> Esta regulación requiere ser proporcional, calibrada para no ser opresora y limitadora del progreso y, al mismo tiempo, para no ser omisa e incapaz de impedir la utilización de la inteligencia artificial que destruye la escogencia legítima democrática, viola los derechos fundamentales e impone selectividad en la prestación de servicios públicos. El derecho al no retroceso histórico en derechos fundamentales intrínsecos a los servicios públicos debe orientar toda la construcción de la regulación digital, con una orientación para el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones.<sup>31</sup>

#### 4. Una necesaria conclusión

El ambiente disruptivo de la Administración Digital en la prestación de servicios públicos exige la definición de un concepto útil de Administración Pública Digital, que viabilice una nueva racionalidad jurídica para la regulación de las innovaciones tecnológicas y de la inteligencia artificial.

<sup>30</sup> “Mas está em declínio o modelo de desenvolvimento que reservou ao Estado a iniciativa e o protagonismo da ação pública. A vida é complexa demais, os desafios são grandes demais, as mudanças tão rápidas, tanto os recursos necessários, os conhecimentos tão caros de reunir, tão impressionante o número de envolvidos a articular, que, em todas as áreas, o direito vem sendo reformado em busca de modelos institucionais novos, que rompam a separação do estatal com o mundo não estatal”. SUNDKELD, Carlos Ari. Público e privado no desenvolvimento de empreendimentos estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.) Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 36-43.

<sup>31</sup> “O tema do desenvolvimento e dos direitos fundamentais econômicos e sociais deve, portanto, integrar a agenda do Direito Administrativo social hodierno, impactando sobre os tópicos essenciais desse ramo jurídico, tais como a organização administrativa, os serviços públicos, as políticas públicas e a intervenção do Estado na atividade econômica. Somente assim será possível transformar efetivamente as estruturas socioeconômicas da realidade brasileira, propiciando uma atuação estatal que não se limite a assegurar um mínimo necessário para o exercício das liberdades.” HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013, p. 64.

El desafío es definir un régimen jurídico específico para la regulación eficiente de la Administración Pública Digital, que posibilite control de la utilización de la inteligencia artificial para asistencia de la toma de decisión pública, la protección de datos sensibles y la definición de patrones de la toma de decisión, orientados a los parámetros de desarrollo sostenible y de un servicio público adecuado establecido en la Constitución, permitiendo, todavía, el desarrollo de las potencialidades disruptivas en el ambiente de los e-servicios públicos.

#### 5. Referencias bibliográficas

ALIANAK, Raquel Cynthia. Desarrollo Sostenible: una utopía? In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 111-124.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Contrato administrativo. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

ARAGÓN, Luis E. Educação, Ciência e Tecnologia: bases para o desenvolvimento sustentável da Amazônia. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, UNESCO, 1997.

BALKIN, Jack M. The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data (August 27, 2017). Ohio State Law Journal, Vol. 78, (2017), Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper No. 592. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2890965>. Acesso em: 5 out. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço Público no Direito Brasileiro: a falsa crise. In: CONGRESSO IBERO AMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Curitiba. Anais... Curitiba: IPDA, 23 jun. de 2003.

BARRAL, Welber. Metodologia da pesquisa jurídica. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003

BERCOVICI, Gilberto. Ciência e inovação sob a Constituição de 1988. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 916, ano 101, p. 267-294, fev. 2012.

BLANCHET, Luiz Alberto. Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Org.). Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011.

BRAGA, Carolina H. da Costa. Decisões automatizadas e discriminação: pesquisa de propostas éticas e regulatórias no policiamento preditivo. Dissertação apresentada ao Mestrado da UNESA, RJ, 2019. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4679621/carolina-henrique-da-costa-braga.pdf>. Acesso em: 5 out. 2019.

BRUM, Argemiro J. Desenvolvimento econômico brasileiro. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CREUZ, Luis R. Cruz e; SILVA, Marck da. A Lei de Incentivos à Inovação e à Pesquisa Científica e Tecnológica. Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, v. 06, p. 66-81, jun. 2006.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

DROMI, Roberto. La revolución del desarrollo: innovaciones en la gestión pública. Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, 2013.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; JUNCOSA I VIDAL, Carme. La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 64-124, jan./abr. 2018.

FREITAS, JUAREZ. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019.

GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

GABARDO, Emerson; COUTO, Clayton Santos do. O desenvolvimento para além das fronteiras nacionais: entre universalismo e subsidiariedade. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). Coleção Direito Internacional Multifacetado. Vol. V. Curitiba: Juruá, 2015, p. 105-127.

GARCÍA, Jorge Sarmiento. Derecho público. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

GONÇALVES, Pedro Costa. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em: 17. jul. 2014, p. 03.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Célia Cunha. O fomento da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MONCADA, Luís S. Cabral de. 6. ed. Direito Econômico. Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direitos Fundamentais para Humanos Digitais. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/direitos-fundamentais-para-humanos-digitais/>. Acesso em: 5 out. 2019.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza; SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Lei de Inovações tecnológicas: a relação entre direito e economia legislativa da propriedade intelectual. In: KEMPFER, Marlene

e outros. Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, empresa e sociedade. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013, p. 283-297.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

PUIGPELAT, Oriol Mir. Globalización, Estado y Derecho: Las transformaciones del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; SCHWANKA, Cristiane. Eficiência e gestão: do agir ao controle na atividade interventiva econômica estatal. In: BACELLAR, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no MERCOSUL: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 93-108.

ROJAS, Marco Antonio Merchand. Las teorías del desarrollo y las estrategias de política económica regional en las economías periféricas. In: ETGES, Virginia Elisabeta; AREND, Silvio Cezar (org.). CEPAL: leituras sobre o desenvolvimento latino-americano. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 38-75.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador – a interferência estatal na vida privada. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. Público e privado no desenvolvimento de empreendimentos estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.) Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNSTEIN, Cass. Going to Extremes. NY: Oxford University Press, 2009.

VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 273-284.

VELLOSO, João Paulo dos Reis. Novo modelo de desenvolvimento para o Brasil. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (org.). Desenvolvimento, tecnologia e governabilidade. São Paulo: Nobel, 1994, p. 17-60.

VILLANUEVA, Luis F. Aguiar. Gobernanza y gestión pública. México: FCE, 2006.

## RESILIENCIA URBANA, UNA REVISIÓN CRÍTICA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

### Autores

Karla Elizabeth, Mariscal Ureta<sup>1</sup>

### Resumen

Ante las crisis climática y sanitaria se evidencia la urgencia por minimizar la vulnerabilidad social en zonas urbanas en donde los efectos se hacen sentir de forma cruda y comprometen las condiciones de los más vulnerables, desde el ámbito jurídico una estrategia necesaria es la generación y reorientación de las normas jurídicas, políticas públicas y programas desde la perspectiva de los derechos humanos y con un enfoque sostenible que abonen a disminuir la vulnerabilidad y a desarrollar la resiliencia urbana para la superación del daño socio-ambiental con mejores balances.

**Palabras clave:** Vulnerabilidad urbana, Riesgo ambiental, Resiliencia urbana, Sostenibilidad, Derechos ambientales.

**Abstract.** *Faced with the criminal and health crises, the urgency to minimize social vulnerability in urban areas is evident where the effects are felt in a crude way and compromise the conditions of the most vulnerable, from the legal field a necessary strategy is the generation and reorientation of legal norms, public policies and programs from the perspective of human rights and with a sustainable approach that contribute to reducing vulnerability and developing urban resilience to overcome socio-environmental damage with better balances.*

**Keywords:** *Urban vulnerability, Environmental risk, Urban resilience, Sustainability, Environmental rights.*

### I. Introducción

La reciente pandemia por SARS-CoV-2 y sus efectos ha evidenciado lo lejos que estamos de enfrentar una crisis sanitaria de forma exitosa y las enormes desigualdades sociales. Las estructuras del poder público se rebasaron, colapsaron y han sido incapaces de responder de forma oportuna y efectiva.

En términos ambientales los efectos del cambio climático se dejan sentir con innumerables daños en las zonas y poblaciones más vulnerables, ello no obliga a aplicar modelos de conciencia y congruencia sostenible que privilegien la protección ambiental.

Además, nos comprometemos a construir ciudades más resilientes a partir de la identificación de la vulnerabilidad social y dentro de este rubro de la urbana, para diseñar estrategias más exitosas de gestión del riesgo y minimizar los impactos de las crisis.

Escudriñar las posibilidades de resiliencia urbana desde los derechos humanos nos permite identificar el papel trascendental de la ciencia del derecho a través de una generación y optimización de las normas que faciliten la adaptabilidad y la superación de los daños.

Las líneas que se muestran a continuación abordan el estudio de la vulnerabilidad urbana y del riesgo, como condiciones que reclaman la adaptación y la resiliencia, advirtiendo la conveniencia de consolidar un enfoque territorial, ecológico y participativo que ponga a salvo a las zonas urbanas.

Algunas inquietudes e interrogantes sobre el concepto de resiliencia social y su relación con el derecho, específicamente con la idea de los derechos humanos, dan motivo a realizar este trabajo, que, sin pretender ser exhaustivo, se traza el propósito de abordar la pertinencia del desarrollo de normas, políticas y programas como el de ordenamiento territorial participativo como alternativa para el desarrollo sostenible.

Se argumenta, cuestiona y en la medida de lo posible se aporta a la reflexión sobre elementos que apunten hacia replanteamientos conceptuales y metodológicos en torno al ordenamiento territorial ecológico y participativo, considerando la vulnerabilidad urbana.

Resaltamos finalmente a partir de un estudio cualitativo de corte teórico-documental, la necesidad de instrumentar una metodología para el diseño de normas como de políticas públicas que permita apreciar la diversidad social, económica y ambiental.

### II. Vulnerabilidad urbana

La condición humana es por sí misma vulnerable, en tanto cualquier persona es susceptible del daño, ahora bien, "el concepto de vulnerabilidad ha sido abordado desde diferentes disciplinas, ajustando su contenido y desarrollo diferencialmente a cada una de ellas para poder cubrir sus respectivos objetivos. No obstante, el patrón primario de la vulnerabilidad se sigue apoyando en el principio de amenaza<sup>2</sup>.

Si vinculamos la vulnerabilidad con la posibilidad de amenaza como fenómeno social, encontramos la vulnerabilidad social, como aquella que experimenta una determinada sociedad en conjunto por sus características, su contexto ambiental, político y económico. Dentro de este gran conjunto se va delineando la vulnerabilidad urbana como aquella que se produce en contextos justo urbanos.

<sup>1</sup> \*Licenciada en Derecho, Especialista en Derecho Constitucional y Amparo, Maestra en Derecho Constitucional y Doctora en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Posdoctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Sistema Nacional de Investigación Nivel I, perfil PRODEP, profesora de la Universidad Autónoma de Querétaro, miembro del Cuerpo Académico Identidades, medio ambiente y justicia en contextos democráticos UAQ-CA-143-IMAJ, ORCID <https://orcid.org/000-002-9340-8966>.

<sup>2</sup> García del Castillo, José A., "Concepto de vulnerabilidad psicosocial en el ámbito de la salud y las adicciones", Salud y drogas, Alicante, Instituto de Investigación de Drogodependencias, 2 vol. 15, núm. 1, 2015, p. 5.

En términos generales nos parece que la vulnerabilidad social en la comunidad internacional se presenta de forma diversa, "... la doctrina de la bioética mundial, coincide en que un aspecto relevante que hace vulnerables a las personas es la incapacidad de tomar decisiones autónomas y consentir voluntaria e intencionalmente tanto la aplicación de procedimientos clínicos como las acciones del Estado y la sociedad que, de algún modo comprometan sus derechos.<sup>3</sup>

En consecuencia, en algunas sociedades, se ha trabajado en fortalecer las políticas integrales sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en estos países, la vulnerabilidad social es mucho más reducida que en aquellos en los cuales no se han proyectado acciones de prevención del riesgo y la contingencia.

Para delimitar el concepto jurídico de vulnerabilidad social desde nuestra visión, advertimos que interpretamos a la vulnerabilidad social como aquella circunstancia en la que aparecen factores de riesgo interno de un sujeto o grupo expuesto a una amenaza. Riesgo que puede estar influido por una predisposición o susceptibilidad física, económica, política o social y que ante un fenómeno desestabilizador se manifiesta.<sup>4</sup>

Advertimos como concepto de vulnerabilidad social a aquella condición asociada no sólo a comportamientos y características del individuo sino, cada vez más, a las condiciones del medio (ambientales, sociales o de otro tipo), dando lugar a la necesidad de incorporar los aspectos socioculturales en su comprensión.

Al hacer referencia a grupos o poblaciones vulnerables hacemos alusión a aquellos grupos de personas que, a consecuencia de las condiciones del medio en que viven, están en una situación de mayor susceptibilidad al daño.<sup>5</sup> En este orden de ideas, la vulnerabilidad social puede explicarse como: la inseguridad e indefensión que experimentan las comunidades, familias e individuos en sus condiciones de vida a consecuencia del impacto provocado por algún tipo de evento económico-social de carácter traumático.<sup>6</sup>

En este sentido, identificamos que son "...diversos los elementos que contribuyen a la vulnerabilidad social de las personas, por ejemplo, los recursos financieros con los que cuenta, la escolaridad, la trayectoria laboral, el contacto y el soporte de familia y amigos o las características de la zona de residencia."<sup>7</sup> El ritmo de vida acelerado en gran parte de la población, horarios

laborales extendidos, la supresión de actividades de recreo, esparcimiento, deporte o cultura, agudiza el estrés de la población y genera cierta crisis individuales que en el conjunto se convierten en un gran problema social y que incentivan la vulnerabilidad.

Por ejemplo, de acuerdo a la guía de *Ciudades globales amigables con los mayores de 2007*,<sup>8</sup> una ciudad amigable con la edad adapta sus estructuras y servicios para que sean accesibles e incluyan a las personas mayores con diversas necesidades y capacidades. Así, algunas de las características que poseen las ciudades amigables son contar con espacios al aire libre y edificios con instalaciones adecuadas para personas mayores, transporte respetuoso, accesible y seguro, una vivienda que facilite su autonomía, oferta de actividades y eventos, mejores opciones de empleo, estrategias de comunicación inclusivas y oferta de servicios de salud.

La ciudad amigable se presenta entonces, ante la conciencia de que los entornos físicos y sociales influyen en las personas mayores para que se mantengan saludables y conserven su autonomía en la vejez. Luego entonces son sumamente relevantes para la salud las condiciones de habitabilidad que pueden ser analizadas a partir de dos componentes centrales implícitos: el hábitat y el habitar.

Ahora bien, el hábitat es el lugar donde viven individuos, grupos humanos con una dimensión de la satisfacción relacionada con lo ambiental, lo sostenible, lo cultural y lo territorial. Por su parte, el habitar, implica una acción o práctica social inherente a la naturaleza humana, esto es, el vivir, y también una cualidad en cuanto es generadora de hábitos, es decir de usos y costumbres; esta práctica se desarrolla en un espacio que genera un hábitat, ámbito de uso individual y colectivo del vivir, que es materia de especial interés desde el hacer cotidiano y que se ve condicionado y determinado por las diferentes modalidades del habitar.<sup>9</sup>

Para mantener la calidad de vida y disminuir la vulnerabilidad social es indispensable un hábitat y un habitar saludable y equilibrado, partiendo desde la sensación de bienestar que puede ser experimentada por las personas y que representa la suma de sensaciones subjetivas y personales del -sentirse bien-.<sup>10</sup> El bienestar parece aparejarse a la satisfacción de diversas necesidades en salud, seguridad e integración social igualitaria.

Ahora bien, también existen diferencias importantes entre el ámbito rural y el urbano, en el campo, e incluso en la periferia, las condiciones de estrés en la población desde la perspectiva psicológica como ambiental es regularmente menor que en las zonas de alta concentración poblacional. "*La distribución espacial nos muestra con claridad cómo, desde el centro urbano*

<sup>3</sup> Valdés, Erick y Lecaros, Juan Alberto, "Sobre el concepto de vulnerabilidad social: Marco filosófico, ético y jurídico", en Cabieses, Bática, et. al., *Vulnerabilidad social y su efecto en la salud en Chile*, Chile, Universidad del Desarrollo, 2016, pp. 44-47.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 48.

<sup>5</sup> Feito, Lydia, "Vulnerabilidad", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, vol. 30, septiembre 3, 2007, [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1137-66272007000600002](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000600002).

<sup>6</sup> Pizarro, Roberto, *La vulnerabilidad social y sus desafíos: Una mirada desde América Latina*, Chile, Naciones Unidas, División de Estadística y Proyectos Económicos, Serie Estudios Estadísticos, 2001, p. 11.

<sup>7</sup> Lozano Keymolen, Daniel, et. al., "Dependencia funcional y vulnerabilidad social en adultos mayores mexicanos, 2012", *Revista Latinoamericana de Población*, Buenos Aires, vol. 11, núm. 21, julio-diciembre, 2017, p. 49.

<sup>8</sup> Organización Mundial de la Salud, *Ciudades globales amigables con los mayores*, 2007, [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43805/9789243547305\\_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43805/9789243547305_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>9</sup> Flores Villavicencio, María Elena, et. al., "Concepto de calidad de vida en relación con el adulto mayor", en Flores Villavicencio, María Elena, et. al., *Condiciones sociales y calidad de vida en el adulto mayor. Experiencias de México, Chile y Colombia*, México, Universidad de Guadalajara, 2011, p. 77.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 89.

*hacia la periferia, la situación de deterioro de las condiciones de vida se agudizan, fragmentando el espacio en sectores muy vulnerables*".<sup>11</sup>

En el área de la salud como de seguridad es quizá donde más se reflejan estas condiciones de vulnerabilidad social, los conceptos de habitat y habitar, emergen a partir del modelo conocido como ciudades amigables, para presentar la impostancia de dos condiciones fundamentales: por un lado, el contexto que rodea a la sociedad y por el otro, las características del territorio donde habitan.

Luego entonces, la vulnerabilidad urbana la asumimos como aquella esfera de la vulnerabilidad social que se produce en las zonas urbanas por las condiciones de concentración poblacional, saturación de infraestructura, incremento de la movilidad, estrés social y cambio climático a consecuencia del desequilibrio ambiental. Vulnerabilidad que esta incentivada por los modelos de consumo y generación de bienes, el desarrollo escaso de la cultura de la sostenibilidad, reducida conciencia del daño y sus efectos, y los bajos esquemas de control estatal hacia las perspectivas socio-ambientales.

### III. Gestión de riesgos

Un aspecto que definitivamente influye en el grado de vulnerabilidad y que está ligado al concepto de habitat tiene que ver con los desastres naturales o incluso con fenómenos de contingencia ambiental o sanitaria como la pandemia por SARS-Cov-2, particularmente ante la ausencia de planes y protocolos para el proceso de atención y afrontamiento de las amenazas. Las vulnerabilidades por desastres naturales son en ocasiones propiciadas por la falta de entornos accesibles, de una cultura de protección civil y, la necesidad de personal capacitado para mostrar a las personas los protocolos de actuación en estos casos.

En este sentido nos parece imperioso reformular el diseño de espacio y entornos desde una perspectiva intergeneracional, apoyar el ordenamiento ecológico del territorio como una política ambiental encaminada a identificar las zonas y sus características en el territorio nacional, el estado que guardan, si estan siendo amenazadas, si representan un riesgo en términos sociales, y además a partir de ello, normativizar que todas la decisiones públicas esten sujetas a controles socio-ambientales que permitan el desarrollo sin comprometer la seguridad humana.

Es importante tanto la identificación como el diseño de manejo de las zonas marginadas, las de difícil acceso, así como aquellas sin mayor desarrollo, y en general advertir su existen condiciones de riesgo por diversos motivos. Un elemento interesante en términos de lograr los resultados esperados es partir de la organización social comunitaria. Al tomar en cuenta tanto el mapeo

técnico como social de los pobladores de las zonas en estudio se puede apreciar si las amenazas son de origen entrópico o de origen natural.

Para gestionar sosteniblemente los riesgos se deben identificar las amenazas y reducir la vulnerabilidad, el derecho debe aportar con carácter a través de las normas y políticas públicas en tres ejes básicos, protección civil, protección ambiental y desarrollo urbano, es importante desde la administración pública en un ejercicio concurrente el desarrollo de programas de ordenamiento ecológico del territorio, atlas de riesgos y planes de desarrollo urbano.

Existe una responsabilidad estatal como ciudadana ante los estragos de los diferentes fenómenos naturales que agudizan es estado de vulnerabilidad humana en las zonas urbanas. Por ejemplo, ante efectos del cambio climático que reducen la predictibilidad de lluvias intensas, es prioritario que la infraestructura en las zonas urbanas esté preparada para recibir los embates climáticos de forma inesperada.

Existen tareas de gestión que corresponden a los órganos del poder público, sin embargo, solo la coadyuvancia ciudadana puede garantizar el éxito, si llueve mucho las autoridades municipales deben cerciorarse de que el sistema de alcantarillado se encuentre funcionando en perfecto estado, pero si los ciudadanos no apoyan en el mantenimiento de las mejores condiciones de las alcantarillas, los esfuerzos del municipio resultan insuficientes, lo mismo puede suceder de forma inversa.

Aspectos como el crecimiento urbano son un detonante indiscutible del riesgo, la creciente demanda de productos y servicios que también incrementa los residuos y un déficit de economías sostenibles agudiza el efecto de las amenazas que vienen de fenómenos como el cambio climático.

¿Quién decide nuestro riesgo?, el riesgo se asume de forma consciente como inconsciente tanto por las autoridades como por las personas, por ello, a la gestión de riesgos le resulta urgente un cambio de enfoque, la sostenibilidad aparece como una ruta directa para la minimización de amenaza, ahora bien, nos parece que una de las grandes preguntas es ¿si la sostenibilidad es realmente posible y suficiente? y, ¿si aún estamos reaccionando a tiempo?

### IV. Adaptabilidad humana

La adaptabilidad la entendemos como aquella capacidad de aclimatarse a los cambios. En un perfil teórico de vulnerabilidad psicosocial como factor de riesgo abarcaría una exposición alta a riesgos, estilos y estrategias de afrontamiento de mala calidad, nivel de estrés alto y con dificultades para manejarlo.<sup>12</sup> El riesgo permite el desarrollo de capacidades, pero si no existe adaptabilidad es muy complicado el desarrollo sostenible. La comunidad en las ciudades debe ante el riesgo desarrollar la capacidad adaptativa que le permita la supervivencia, algunos cuentan con mejores herramientas que otros tanto a nivel psicoemocional como económico.

<sup>11</sup> Prieto, María Belén y Formiga, Nidia, Envejecimiento y vulnerabilidad sociodemográfica. El caso de Bahía Blanca-Argentina, Argentina, Universidad Nacional del Sur, 2009, content/uploads/sites/175/2014/03/operacionalizacion-VULNERABILIDAD-EN-ADULTOS-MAYORES.pdf.

<sup>12</sup> García del Castillo, Jose A., op.cit., España, vol. 15, núm. 1, 2015, p. 12.

Una fórmula que ha dado algunos resultados positivos a nivel global es el fortalecimiento de la conciencia socio-ambiental de la mano como el desarrollo de modelos como el de la llamada ciudadanía ecológica, así como el seguimiento y auspicio del ordenamiento territorial participativo que permite conocer el estado de las diversas zonas contemplando aspectos físicos del suelo, agua, aire, flora, fauna como aquellos de la población que habita y/o se beneficia del lugar. Los esfuerzos del ecologismo político desde su irrupción hace ya medio siglo han tenido asiento en alguna premisa mayor, en la existencia de un mundo natural cuya protección es necesario asegurar por dos razones fundamentales: el respeto a su valor intrínseco y la supervivencia de la especie humana.<sup>13</sup>

Actualmente se han empezado a discutir las características de una ciudadanía ecológica, más allá de la tradicional forma de entender a la ciudadanía como lo haría por ejemplo Marshall (1998) caracterizada por un conjunto de derechos civiles, político y sociales. El derecho a un medio ambiente sustentable es uno de los más recientes derechos que se le han reconocido a la ciudadanía, esté “derecho” obliga a los actores productivos, al Estado y a la sociedad en general, para que aseguren la sustentabilidad de los recursos naturales y, más genéricamente, del medio ambiente donde vivimos y nos desarrollamos los seres humanos.<sup>14</sup>

En este sentido al cobrar vida la ciudadanía ecológica el ciudadano se hace responsable no únicamente se adapta al cambio que viene alterando su medio ambiente y que le representa una amenaza, un ejemplo de los resultados que puede dar la práctica de este modelo lo podemos advertir en el desarrollo del consumo inteligente, en donde el ciudadano-consumidor, a pesar de la publicidad que puede ser hasta engañosa y de la presión del mercado, decide por una determinada madurez ciudadana, elegir un producto no por el marketing desarrollado sino por analizar y concluir que es su mejor opción de compra en términos de protección de su patrimonio pero también en congruencia con un sentido de conciencia ambiental.

En este ejemplo podemos advertir, que el ciudadano se adapta al cambio buscando las mejores condiciones ante las ofertas externas, desarrollando no solo la capacidad de subsistir sino encontrando formas para prolongar en una mayor medida esa subsistencia. En el caso de la vulnerabilidad urbana un buen momento para la adaptabilidad se puede presentar cuando en función de una contingencia ambiental el ciudadano se protege con mascarillas de la contaminación atmosférica, adaptabilidad que se desarrolla cuando además decide usar el transporte público o compartir automóvil con los vecinos para reducir las emisiones contaminantes. En estos ejemplos el ciudadano además de adaptarse se convierte en factor de cambio.

## V. Derechos humanos para resistir al riesgo

Un aspecto en el cual han trabajado en los últimos años la comunidad internacional sobre todo algunos de los considerados países desarrollados son en despertar, dotar y preparar a los individuos para enfrentar las amenazas o riesgos a partir del desarrollo de estilos de vida saludable y de condiciones ambientales y políticas, sociales y jurídicas favorecedoras de los derechos humanos.

Para ello a nivel internacional se han generado diversos instrumentos tanto de *soft law* como de *hard law*, en estas inercias se buscan dos cuestiones esenciales para obtener los resultados deseados, por un lado lograr que los gobiernos reconocieran la crisis y se comprometieran con estrategias de minimización como la protección de los derechos humanos y, por el otro, que los ciudadanos se comprometieran desde lo individual como desde lo colectivo hacia el respeto de los derechos humanos de todos, a la defensa y de forma indirecta al logro de la sostenibilidad.

Los derechos humanos actúan en este caso como un dique para la contención de la crisis y el riesgo, ya que al garantizarlos de forma efectiva se combate la pobreza, el resago, la desigualdad, el cambio climático y la contaminación ambiental, las problemáticas sanitarias como de salud pública, las deudas en alimentación, vivienda digna y trabajo.

La efectividad sobre el cumplimiento de los derechos humanos depende en gran medida de aquella capacidad para hacer correctas evaluaciones de las situaciones particulares y la aplicación de las normas a los casos concretos en base a principios como la progresividad, la no regresión, el principio pro-persona, la interpretación conforme y desde luego el propio control de convencionalidad.

Ahora bien, la base para la materialización de los derechos reconocidos tanto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como por la constitucionalización, son sin duda sus marcos normativos y el seguimiento exitoso a los procedimientos de garantía. El reto imperante es disminuir la brecha entre realismo y normativismo, entre lo que dicen o proclaman las normas y la materialización de los derechos.

Los derechos de la ciudad aparecen con presupuestos constitucionales y convencionales, pero aún tienen un largo camino por recorrer para lograr la efectiva materialización. Algunas cuestiones por considerar serán enfrentar tendencias socioeconómicas sesgadas que no abonan en nada a la sostenibilidad.

En México, la crisis de los derechos se ha hecho palpable a partir del aumento en los niveles de corrupción, delincuencia, desapariciones forzadas, violaciones al debido proceso, violencia a diferentes niveles y problemas con la representación del poder público.

## VI. Resiliencia urbana

Ante la crisis de los derechos y la incapacidad gubernamental de hacerle frente a los riesgos sociales en las zonas urbanas insistimos es fundamental el rol del ciudadano activo, consciente, comprometido y organizado. El ser humano de manera preferente ha decidido vivir en ciudades, ello ha saturado los espacios, el clima en la ciudad cada vez es más inestable, impredecible y

<sup>13</sup> Valencia Sáiz, Ángel y Aguilera Portales, Rafael Enrique (Coord), Democracia verde, México, Porrúa, 2016, p. 27.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 87.

riesgoso. La ciudad es capaz de acumular y producir calor de modo exorbitante y cada vez más tiene mayores problemas para disiparlo.

En términos socio-ambientales los costos son altos, sobre todo para los más vulnerables por diferentes circunstancias, por ejemplo: una familiar con ingresos básicos que medianamente alcanza a cubrir sus necesidades elementales al aumentar la temperatura difícilmente podrá invertir en infraestructura para climatizar todo su hogar y mucho menos pagar el costo de energía que pueda representar, si las personas no se adaptan el riesgo es enfermarse e incluso perder la vida. Lo mismo aplica para empresas y sector gobierno pues el incremento de la temperatura exige inversiones en climatización que afectan los presupuestos de gestión.

El modelo de ciudades seguras e inclusivas que subraya la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible hace especial énfasis en el incremento de la resiliencia para el logro de sus 17 objetivos. En lo conceptual es indispensable que precisemos lo que en la presente colaboración interpretamos como resiliencia urbana, para ello partimos de la connotación general del término resiliencia, entendida como la suma de factores individuales, familiares y sociales, con una función protección a partir de recursos personales y sociales.

Luego entonces, en términos del desarrollo de la resiliencia es necesario conocer los factores de riesgo a fin de desarrollar una adaptación social a condiciones que puede reducir la vulnerabilidad, así, en función de la adaptación surge el término “resiliencia” como aquella circunstancia que abarca numerosas nociones diferentes, las que nos parecen tener en común que se refiere a la capacidad de un sistema para hacer frente y recuperarse de alteraciones.<sup>15</sup>

En relación a lo urbano, la resiliencia destaca de alguna forma esa capacidad de aprendizaje de una sociedad y su capacidad de reorganizarse en respuesta a los acontecimientos negativos que le impactan por vivir en una zona urbana y que son resultantes de las condiciones que guarda dicha zona. En este sentido la resiliencia puede ser interpretada tanto como un proceso, así como un resultado.

Luego entonces una sociedad resiliente encuentra formas de adaptabilidad, pero además transforma el impacto de los hechos negativos en aprendizajes y áreas de oportunidad que le permiten la madurez y la superación de la crisis. *“Las formas de afrontar los acontecimientos vitales suponen una alternativa fundamental en la mejora de la calidad de vida”*.<sup>16</sup>

En resumen, las distintas definiciones de resiliencia enfatizan en características de los sujetos tales como: habilidad, adaptabilidad, baja susceptibilidad, enfrentamiento efectivo, capacidad, competencia, resistencia a la destrucción, conductas vitales positivas, temperamento especial y habilidades cognitivas, todas desplegadas frente a situaciones estresantes que les permiten superarlas, desde el punto de vista social se sobrepone de forma mucho más exitosa a la crisis y supera el daño.<sup>17</sup>

La resiliencia es pues un proceso ante los factores de riesgo que permite la protección de las condiciones sociales y los derechos en la crisis, una vez que se logra un resultado positivo o se evite un resultado negativo se convierte en una consecuencia, un producto, un meta, un resultado.<sup>18</sup>

## VII. Consideraciones finales

Imaginar otra ciudad con mejores condiciones implica ser capaz de imaginar y contruir un nuevo escenario desde el replanteamiento de ejes como el paisaje urbano, las formas en que nos relacionamos los seres humanos entre nosotros mismos y con la naturaleza, la economía, la movilidad y el transporte, el diseño de infraestructura, las formas de producción y consumo, pero además partir de información certera que solo se puede dar a través de estrategias como el ordenamiento territorial participativo.

La gobernanza debe obedecer a parámetros sostenibles, que privilegien temas como las energías limpias, el consumo de productos locales y en general de forma responsable, estrategias sobre el manejo de residuos de cualquier índole como la economía circular, el desarrollo de infraestructuras resilientes, y el empoderamiento de los sectores vulnerables.

La capacidad de resiliencia de una sociedad finalmente será medida por su capacidad de organización social a partir de formas de rehabilitación horizontal. La sociedad tiene que organizarse, capacitarse, criticar con fundamento la estrategia de los actores del poder público

El reto es descomunal, difícil de abordar desde cualquier perspectiva, pero lo tenemos que asumir todos en conjunto y en separado, es decir, desde lo colectivo como desde lo individual, no podemos precedir los fenómenos que nos embaten, pero si podemos decidir como enfrentar el riesgo.

La ciencia del derecho tiene un compromiso esencial en la carrera por la resiliencia social en específico aquella que hemos denominado urbana, es fundamental el desarrollo de la investigación jurídica, la generación y optimización de las normas jurídicas que fortalezcan el modelo de ciudades sostenibles, amigables e incluyentes para el incremento de la resiliencia, el respeto absoluto a los derechos humanos y sus principios, el desarrollo de procesos y procedimientos accesibles y sencillos, que realmente garanticen los derechos y el fortalecimiento de las competencias del poder público así como su concurrencia y coordinación.

Importante también nos parece la comunicación armoniosa entre los sectores sociales, privilegiar el dialogo y la comunidad antes de la segregación, escuchar las voces desde el ámbito internacional y coadyuvar con otras naciones a mejorar las condiciones regionales y globales.

Algunas estrategias puntuales para el incremento de la resiliencia nos parecen las políticas públicas, pero solo cuando y solo sí, parten de la necesidad comunitaria y calculan el beneficio en función de la sostenibilidad en el equilibrio entre economía, y ambiente para el alcanzar el verdadero desarrollo social que no tenga revés y que sea perpetuado en el tiempo.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>16</sup> García del Castillo, Jose A., op. cit., p. 64.

<sup>17</sup> García-Vesga, M. C. & Domínguez-de la Ossa, E. (2013). Desarrollo teórico de la Resiliencia y su aplicación en situaciones adversas: Una revisión analítica. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, núm. 11 (1), p. 66.

<sup>18</sup> Becoña, Elisardo, “Resiliencia: Definición, características y utilidad el concepto”, Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, Vol. 11, núm. 3, 2006, p. 128.

### Bibliografía

BECOÑA, Elisardo, "Resiliencia: Definición, características y utilidad el concepto", Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, Vol. 11, núm. 3, 2006.

FEITO, Lydia, "Vulnerabilidad", Anales del Sistema Sanitario de Navarra, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, vol. 30, septiembre 3, 2007.

FLORES VILLAVICENCIO, María Elena, et. al., "Concepto de calidad de vida en relación con el adulto mayor", en Flores Villavicencio, María Elena, et. al., Condiciones sociales y calidad de vida en el adulto mayor. Experiencias de México, Chile y Colombia, México, Universidad de Guadalajara, 2011.

GARCÍA DEL CASTILLO, Jose A., "Concepto de vulnerabilidad psicosocial en el ámbito de la salud y las adicciones", Salud y drogas, España, Instituto de Investigación de Drogodependencias Alicante, vol. 15, núm. 1, 2015.

GARCÍA VESGA, M. C. y DOMÍNGUEZ-DE LA OSSA, E., "Desarrollo teórico de la Resiliencia y su aplicación en situaciones adversas: Una revisión analítica". Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, núm. 11(1).

LOZANO KEYMOLEN, Daniel, et. al., "Dependencia funcional y vulnerabilidad social en adultos mayores mexicanos, 2012", Revista Latinoamericana de Población, Buenos Aires, vol. 11, núm. 21, julio-diciembre, 2017.

PIZARRO, Roberto, La vulnerabilidad social y sus desafíos: Una mirada desde América Latina, Chile, Naciones Unidas, División de Estadística y Proyectos Económicos, Serie Estudios Estadísticos, 2001.

PRIETO, María Belén y FORMIGA, Nidia, Envejecimiento y vulnerabilidad sociodemográfica. El caso de Bahía Blanca-Argentina, Argentina, Universidad Nacional del Sur.

VALENCIA SÁIZ, Ángel y AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (Coord), Democracia verde, México, Porrúa, 2016.

VALDÉS, Erick y LECAROS, Juan Alberto, "Sobre el concepto de vulnerabilidad social: Marco filosófico, ético y jurídico", en Cabieses, Bática, et. al., Vulnerabilidad social y su efecto en la salud en Chile, Chile, Universidad del Desarrollo, 2016.

## LA ABUSIVIDAD EN CONTRATOS DE CRÉDITO REFERENCIADOS AL ÍNDICE DE REFERENCIA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

### Autores

Paula Ortega Peralas<sup>1</sup>

### Resumen

El IRPH es un índice de referencia de los préstamos hipotecarios que ha suscitado múltiples problemas a numerosos consumidores que han firmado contratos basados en este tipo de interés. La doctrina y la jurisprudencia han tratado de explicar a qué se deben estos problemas y, en el caso de los tribunales, ponerle una solución. Los problemas a los que se enfrentan los consumidores son la abusividad, entendida ésta de forma global, la manipulabilidad, la falta de transparencia, las condiciones generales de la contratación y la ausencia de buena fe. Una vez identificados estos sesgos, los efectos que pueden acarrear son variados y de diversa índole, dependiendo de la apreciación de cada tribunal.

### Abstract

The IRPH is a reference index of mortgage loans which has caused multiple problems for many consumers who have requested contracts based on this rate of interest. The doctrine and jurisprudence have tried to explain why these problems have arisen and, in the case of courts, to propose a solution to them. The problems which consumers face are abusiveness, considered in a global way, manipulability, lack of transparency, general contracting conditions and the absence of good faith. Once these biases have been identified, the effects they may have are varied and of a diverse nature, depending on the assessment carried out by each court.

**Sumario:** I. Introducción. II. Tipos de contratos financieros con mayor problemática. Los Préstamos hipotecarios. Los contratos multdivisa. Los contratos de eeguro. III. Concepto del IRPH. IV. Problemática del IRPH. V. Efectos causados por la abusividad en los contratos financieros. Efectos del IRPH sobre los consumidores. Posibles soluciones legales a los efectos del IRPH. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

### I. Introducción

En nuestro sistema financiero, nos encontramos con numerosas formas de prestar el dinero a las familias, y aunque en cierto modo todos causen sus problemas específicos, hay un tipo de contrato financiero que resalta sobre el resto. Los préstamos hipotecarios.

---

<sup>1</sup> Universidad de Almería

Los préstamos hipotecarios no son nada más que una forma que tienen las entidades bancarias de prestar dinero a las familias, para en este caso comprar una vivienda con el dinero prestado. Debido a las grandes cantidades de dinero que suponen estos contratos financieros, los préstamos hipotecarios suponen más riesgo para las entidades financieras, y más problemas para los consumidores también. En su libro, Castillo Martínez<sup>2</sup>, explica como desde el mismo momento en el que se firma un contrato de préstamo hipotecario con un consumidor, comienzan los posibles problemas para ambas partes.

Con los años, las entidades bancarias han ido creando diferentes tipos de interés a los que prestar el dinero ya sea para un sencillo crédito o para el caso de los préstamos hipotecarios. Hemos podido observar como se introducían también otros aspectos como las comisiones, los gastos de gestión y otros supuestos como las cláusulas suelo. Todas ellas han sido objeto de numerosas críticas y demandas posteriores por los consumidores que participaban en contratos que poseían ese tipo de condiciones. Pues bien, el IRPH no es más que otro interés creado por el Banco de España para prestar dinero a las familiar que quieran adquirir una vivienda. Así su definición queda redactada por la normativa<sup>3</sup>. que lo contiene de la siguiente forma: *“la media simple de los tipos de interés medios, ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorros, añadiendo que dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas de ahorro, de acuerdo con la norma segunda”*.

Pues bien, este artículo versará sobre la problemática que supone este nuevo índice hipotecario, el IRPH.

Para comenzar con el desarrollo de los préstamos hipotecarios referenciados al IRPH es necesario hacer una breve introducción sobre los tipos de interés en este mercado financiero tan complejo, que cómo acabamos de explicar, han ido cambiando con los años conforme han sido creados por los bancos.

Según la Circular 5/1994, de 22 de Julio<sup>4</sup>, los tipos de interés que se encuentran el mercado financiero actualmente son los siguientes:

Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda

<sup>2</sup> Castillo Martínez, C. Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Editorial Tirant lo Blanch. (2016).

<sup>3</sup> Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Esta circular es la encargada de definir los tipos de interés aplicados en el mercado para los créditos de distintos tipos, así como modificar la anterior ley del año 1990.

<sup>4</sup> Disposición adicional segunda de la Ley 2/1994, de 30 de Marzo, los tipos de referencia o índices que se encuentran actualmente en el mercado hipotecario son los mencionados a continuación, y su definición y forma de cálculo viene definida en el Anexo VIII.

libre concedidos por los bancos, Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro, tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito, tipo activo de referencia de las cajas de ahorro, tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años y por último, tipo interbancario a 1 año (MIBOR).

Hay que tener en cuenta que la nombrada ley ha sido actualizada posteriormente y que ahora, los tipos de IRPH han sido reducidos a un solo tipo el cual recibe el nombre de IRPH para el conjunto de entidades. Así lo explican Domenech y Fernández Seijó<sup>5</sup> al relatar la reforma que sufrió el sistema financiero español. Las cajas de ahorro desaparecieron en su mayoría y el IRPH Cajas dejó de tener sentido. Así, para que todo el conjunto de entidades tuviera iguales condiciones, se creó el IRPH para el Conjunto de Entidades sustituyendo<sup>6</sup> el IRPH Cajas y el IRPH Bancos.

Debido a esto, las entidades bancarias que venían aplicando uno de los otros tipos de este índice se han visto obligadas o bien a comparecer frente a los tribunales por aplicar tipos de interés que ya no se encuentran en vigor, o bien de otro lado, a cambiar ya sea el IRPH Cajas o IRPH Bancos por el usado actualmente, y evitar así demandas de los consumidores.

Antes de comenzar a aplicarse el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios los contratos financieros se pagaban de forma habitual con el tipo de interés conocido como EURIBOR. La razón principal por la que el Banco de España creó el IRPH fue en un principio por su mayor estabilidad en comparación con el EURIBOR, lo cual, a priori, tranquilizaba más a cualquier consumidor. Ello claro, sin tener en cuenta la bajada actual de los tipos de interés a nivel europeo lo cual, favorece a tipos de interés menos estables en estos momentos.

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro.

c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito.

d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.

f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el “Boletín Oficial del Estado”

<sup>5</sup> Doménech, F. y Fernández Seijo, J.M. (2020): El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la ley de crédito inmobiliario y en la Jurisprudencia del TS y TJUE. José María Bosch Editor, Barcelona, pp. 49-78.

<sup>6</sup> El IRPH Cajas y el IRPH Bancos desaparecen con la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización cuya disposición adicional decimoquinta apartado 1, establece que con efecto desde el 1 de Noviembre de 2013 surtirá efecto este cambio, dejando así de publicarlos el Banco de España encargado de esta función de forma mensual, y dejando a su vez de tener efecto en los contratos firmados con estos tipos de interés.

En el mes de junio de 2021, el IRPH publicado por el Banco de España se encuentra en los 1,527 puntos porcentuales mientras que el EURIBOR se encuentra en los -0,4847 puntos porcentuales lo cual supone un 2% más de interés aplicado en cada préstamo concedido con el IRPH, eso sin añadir las comisiones y gastos que se han de tener en cuenta para el cálculo final del interés que nos atañe. Por ende, si comparásemos los dos tipos de interés más utilizados en el mercado se puede observar una tendencia hacia el beneficio de las entidades bancarias.

Está claro, que los consumidores se sienten perjudicados por el exceso de interés pagado en sus préstamos concedidos para la vivienda y que por ello, cada día hay más demandas contra entidades financieras que obtienen mayor beneficio del que podrían obtener con un control más exhaustivo de las transacciones comerciales. Es decir, los clientes asumen una posición de inferioridad en los contratos financieros que los deja en desventaja al no poder negociar las condiciones de sus clausulados. Además, como se verá más adelante en este propio artículo, recientemente el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), se posicionó del lado más favorable para los consumidores que estaban perdiendo en su mayoría los casos iniciales interpuestos ante los Tribunales Españoles, lo cual ha supuesto un cambio para el sistema financiero actual, que se ha visto obligado a realizar cambios en los contratos ya firmados en el caso de que aún pudieran seguir vigentes (podría haberse declarado la abusividad del contrato en su totalidad, y por ello haber dejado de existir el contrato en sí mismo).

En este artículo se analizará en su mayoría las consecuencias jurídicas y patrimoniales a las que se ven expuestos los consumidores y usuarios de este tipo de contratos financieros y cómo hacen frente a ello los Tribunales españoles.

## II. Tipos de contratos financieros con mayor problemática

### 2.1 Préstamos hipotecarios

Los préstamos hipotecarios<sup>8</sup> comienzan a causar problemas desde el mismo momento en el que son firmados por un consumidor como una de las partes contratantes. Los préstamos hipotecarios funcionan de la siguiente forma; la entidad financiera es la encargada de dar el primer paso, proponiendo a la otra parte consumidora un documento con las cláusulas y condiciones del contrato para que este sea firmado por la otra parte.

Por ello, no es poca la doctrina que habla de este cambio surgido a partir del 1 de noviembre de 2013 como Castillo Martínez o (nombrar otro autor), lo cual no es asombroso puesto que supuso un gran cambio en la jurisprudencia más reciente y en la futura a la hora de interpretar el clausulado que contenía el IRPH.

<sup>7</sup> Datos obtenidos de la página oficial del Banco de España, publicada mensualmente con la media simple de los tipos de interés aplicados en el mercado financiero en ese momento.

<sup>8</sup> Castillo Martínez, C. y Fortea Gorbe, J.L. Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura. Tirant lo Blanch (2019), pp. 381 y ss.

Es aquí, cuando ya comienzan a existir los problemas. Los detalles numéricos<sup>9</sup> y de mayor complejidad no son explicados por la entidad bancaria al redactar el contrato y tampoco por la persona que propone el contrato en el momento de la negociación. Es entonces cuando, la entidad financiera adquiere una posición ventajosa en la negociación, ya que la información pertenece en todo momento a esta, mientras que la parte consumidora se ve en desventaja ante la falta de información (la cual debería ser suplida por la otra parte).

Por ello, se puede determinar que este tipo de contratos cuando más problemas causan es cuando presentan cláusulas que afectan a la transparencia del contrato y que no presentan de forma clara la información que contienen.

Pero no hemos de parar aquí. No solo es importante este problema, sino que hemos de ir más allá. Los préstamos hipotecarios son contratos financieros de cierta complejidad que suelen presentar diversos tipos de intereses<sup>10</sup> los cuales en la práctica generan aún más incertidumbre para un consumidor con un conocimiento medio<sup>11</sup> que no pueda dilucidar las razones por las que paga las cantidades finales de intereses totales.

Actualmente los préstamos hipotecarios son el contrato financiero que más problemas presenta ante los tribunales ya que como se ha dicho, al tratarse de un entramado muy complejo no existe una jurisprudencia unificada acerca de las posibles soluciones para las demandas presentadas. De forma resumida, además de presentar la información clara, el principal problema de los préstamos podría decirse que es la desinformación de los consumidores y la unilateralidad de la mayoría de las cláusulas firmadas. Es decir, los clientes que firman los contratos nunca llegan a entender el verdadero alcance de estos y, por ello, al enfrentarse al pago de los intereses se encuentran en muchas ocasiones con dificultades para hacerlo. Y además, de esta situación salen

<sup>9</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno). Sentencia núm. 669/2017 de 14 diciembre. RJ 2017\5167.

Dato que por otra parte como se verá en la problemática no es estrictamente necesario explicar por completo, excepto en los extremos que sean necesarios para comprender las bases del contrato en sí mismas. Es así como lo expresa la sentencia al asegurar que los datos numéricos y detalles más complejos no serán necesarios como información básica del contrato pues incluso podrían causar mayor confusión a un consumidor medio que nada entiende de matemáticas financieras.

<sup>10</sup> Cuando hablamos de diversos tipos de intereses nos referimos al interés de demora, a la aplicación del diferencial, los gastos de notaría que se suman al coste total, los gastos de vencimiento anticipado que se puedan incluir, y en fin, un conjunto heterogéneo de gastos y comisiones que pueden alterar el interés total pagado por los consumidores en sus contratos.

<sup>11</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno). Sentencia núm. 669/2017 de 14 diciembre. RJ 2017\5167. Así viene expresado en esta sentencia, al explicar porque existe la falta de transparencia en el caso planteado.

Se entiende que la falta de transparencia debe ser tenida en cuenta desde el punto de vista de un consumidor con un entendimiento medio, de forma que la información suministrada debe ser la necesaria para que este consumidor lo entienda, sin necesidad de extenderse más allá, en detalles pormenorizados que no condicionan la firma del contrato. Así por ejemplo, no será necesario informar de otros tipos de interés existentes en el mercado pues es información a la que se puede tener acceso fácilmente o de otro lado y por la misma razón informar al consumidor de la variabilidad en los últimos meses del IRPH, pues son datos a los que se tiene libre acceso por ser estos publicados mensualmente por el Banco de España.

beneficiadas las entidades financieras, las cuales cumplen con cierta información generalizada en sus contratos pero no expresan todos los pormenores que pueden derivarse de la firma del contrato o incluso insertan cláusulas que no han sido negociadas por ambas partes lo cual supone muchas demandas posteriores y litigios que pueden ser resueltos de muchas formas diferentes y que no siempre benefician a una de las partes contratantes.

## 2.2 Contratos de seguro

Los contratos de seguro son muy importantes llegados a este punto ya que en numerosas ocasiones los consumidores firman pólizas de las que luego no obtienen los resultados que pretendían, ni las remuneraciones económicas que habían firmado con la otra parte, es decir, la aseguradora. Por ello, supone un tipo de contrato importante para tratarlo en este trabajo y ver la complejidad que supone desde el principio hasta el final de la contratación.

Según explica Lacruz Mantecón en su libro<sup>12</sup>, el verdadero problema de este tipo de contratos deriva de la diferencia entre la oferta general realizada por la empresa de seguros a través de la publicidad en cualquier tipo de medio, y de la oferta concreta que se negocia y que realmente se firma con el cliente. Las negociaciones que surgen para la firma del verdadero contrato tienden a ocurrir en los contratos que presentan cierta dificultad o riesgo como son el caso planteado. Los contratos de seguro presentan un gran riesgo pues para ello son creados y, es por esto, que surge la necesidad de una negociación más compleja que en otros clausulados. Así, para la negociación de estos contratos hay diversas ofertas, de las cuales tan solo importa realmente la última pues es la que finalmente se firmará. Es decir, ocurre un proceso de contraofertas constante, hasta que se concluye con la oferta final.

De otro lado, el único problema que surge en torno a los contratos de seguro no es solo la negociación que debe realizarse pues, en parte, esto no es un verdadero problema, sino que en la práctica la problemática deviene cuando ocurren los siniestros que están asegurados por el contrato firmado<sup>13</sup>. Es decir, cuando hay que cubrir con la póliza de seguro el accidente que haya ocurrido<sup>14</sup>. Una de las situaciones más comunes es la necesidad de llevar cierto tiempo con el seguro para poder cubrir la totalidad de la cantidad asegurada. En otras palabras, la mayoría de las aseguradoras exigen un periodo mínimo de pago del seguro para hacerse cargo del siniestro de que se trate. Aunque también es cierto que para ello existen las coberturas provisionales como bien lo explica Lacruz en su libro<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> La Cruz Mantecón, M. Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo. Editorial Reus (2013), pp.187-190. En estas páginas el autor intenta explicar que el contrato de seguro se trata de una sucesión de actos que surgen hasta llegar a la perfección del contrato final. Comenzando por una oferta inicial aceptada por la parte consumidora, terminando con la aceptación de la proposición por parte del tomador de seguro y su comunicación al asegurador.

<sup>13</sup> Vid. Castillo Martínez, C. y Fortea Gorbe, J.L. (2019), pp. 399.

<sup>14</sup> Vid. Lacruz Mantecón, pp. 221-225.

<sup>15</sup> Ibid, pp. 15 y ss.

A parte de todo lo anterior, lo cual supone la verdadera dificultad del asunto en cuestión, se han dado casos en los que se han insertado cláusulas no negociadas<sup>16</sup> con la otra parte que han supuesto la presencia de condiciones generales de la contratación en estos seguros y que por ello han dado lugar a la declaración de abusividad por parte de los tribunales.

## 2.3 Contratos multdivisa

Los contratos multdivisa empezaron a adquirir importancia en el año 2000<sup>17</sup> en España cuando el Euribor se encontraba en niveles más elevados que los actuales. De esta forma, el índice LIBOR (London Interbank Offered Rate) fue aumentando su demanda al parecer un índice mucho más barato y con mejores condiciones. Aparecieron por primera vez las llamadas hipotecas multdivisa<sup>18</sup>. En adición, el euro se había revalorizado frente a otras divisas del mercado como el yen japonés, propiciando así que los consumidores acudieran a los contratos de divisa en general (no solo a las hipotecas). Una vez en este punto, el problema de este tipo de contrato proviene de dos fuentes. De un lado estos contratos dependen del cambio del precio de cotización de las divisas, lo cual resulta confuso en la práctica además de muy cambiante. Y de otro lado, también dependen del riesgo intrínseco de las hipotecas en sí mismas, lo cual ya es un riesgo elevado para cualquier consumidor.

Llegados a este punto puntualizar también que el problema de los cambios en cotización se acentuaba porque el cálculo de los intereses en este tipo, se realizaba no solo mensualmente sino también de forma anual. De esta forma, ante fenómenos económicos como la crisis en España de 2008<sup>19</sup>, el problema se agrava más generando unos desniveles superiores si se compararan los distintos tipos de interés en estos momentos.

<sup>16</sup> Vid. Castillo Martínez, C. Y Fortea Gorbe, J.L. (2019), pp. 400.

<sup>17</sup> Ballester Casanella, B. La naturaleza de la hipoteca multdivisa. Dykinson (2018).

<sup>18</sup> Vid. Castillo Martínez. (2019). P. 458 y ss. La hipoteca multdivisa es aquella en la que la moneda en la que se referencia la entrega de capital y las cuotas periódicas de amortización del préstamo son contratadas en otra moneda diferente al euro. Esta es escogida por el prestatario (consumidor), de entre varias opciones dadas por la entidad financiera. El cambio de la divisa se aplica en unos periodos prefijados con referencia al LIBOR.

Por lo tanto, las características básicas de la hipoteca multdivisa son las siguientes:

El cliente recibe como principal del préstamo el contravalor en euros correspondiente según el tipo de cambio prefijado por el banco de la moneda que se trate. En segundo lugar, puede que se trate del pago en una única moneda o en multimoneda; el importe de las cuotas mensuales de amortización que son pagadas por el prestatario también son abonadas en la cuantía que se establezca como contravalor en euros. Sin embargo, los intereses ordinarios que se deben pagar son calculados sobre la moneda principal pactada y no sobre el euro y por último, al ser un contrato de hipoteca multdivisa, sugiere que deba existir la contrapartida de la garantía real de la hipoteca.

<sup>19</sup> Ibid. En su página 12 la autora explica este problema para reflejar de forma más clara como afecta realmente la utilización de la divisa en estos contratos.

Por ende, en cuanto a la especialidad del contrato multidivisa<sup>20</sup>, lo que ocurre con este tipo es que el consumidor se compromete con una entidad a firmar un contrato por el cual el tipo de interés pactado será menor cuando se produzca el cambio de divisa. Esto se trata de una promesa realizada por los bancos la cual sigue la tendencia de un incumplimiento masivo. Se llega a la conclusión -por tanto- de que el problema máximo de este tipo de contrato es que además de que se produce en masa, genera una expectativa en el consumidor de un interés futuro más bajo (frente a otros contratos) el cual no llega a producirse.

### III. Concepto del IRPH

El Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (ahora en adelante IRPH) ha sido un tipo de interés muy criticado en los años recientes debido a todos los problemas que ha venido generando para los consumidores que han firmado contratos de préstamos con las entidades bancarias en los últimos años. Autores como Castillo Martínez<sup>21</sup> y Serret<sup>22</sup>, son algunos de los ejemplos de autores que intentan explicar las consecuencias legales y financieras que acarrea este tipo de interés para con los consumidores.

Ahora bien, centrándonos en el concepto en sí mismo, debemos de hablar de un lado de su definición y de otro lado de sus características para entender en su totalidad la complejidad del IRPH.

Este índice de referencia se trata de la media simple<sup>23</sup> de los tipos de interés aplicados a los préstamos por las entidades prestamistas, publicado mensualmente por el Banco de España para la vivienda a más de tres años. El IRPH fue aplicado por primera vez en España en el año 1990<sup>24</sup>. De inicio, se trataba de un tipo de interés de características similares al conocido como EURIBOR, y que podría ser una opción distinta para los contratos hipotecarios, pero con los años, fue incrementándose la brecha entre el EURIBOR y el IRPH y hoy en día, ha derivado en objeto de diversas críticas por sus desmesurados intereses.

De forma pormenorizada, y para lograr comprender de qué se trata realmente este interés, el IRPH presenta las siguientes características.

Se trata de un tipo de interés variable, es decir que va cambiando según ciertas circunstancias del mercado financiero. Así se puede observar como los cambios en la economía del País pueden hacer variar el tipo de interés de forma más o menos favorable, así como la inflación o deflación en la que se vea sumida un país.

Además, se trata de un tipo de interés publicado y revisado por el propio Banco de España y que es aplicado a préstamos cuya duración es superior a los 3 años (así lo establece la Circular 5/2012<sup>25</sup>, y otras anteriormente<sup>26</sup>). El Banco de España se encarga de publicar este tipo de interés de forma mensual basándose en la media ponderada de los tipos de interés a los que los propios bancos han prestado el dinero en el último mes. Cuestión esta última sobre la que se volverá en la problemática del artículo.

Su siguiente característica es la presencia de un diferencial<sup>27</sup> aplicado sobre el propio tipo de interés lo cual supone que en la práctica los consumidores se vean mas perjudicados que en relación a otros tipos de interés y que por ello interpongan numerosas demandas ante los tribunales españoles. Realmente lo que genera problemas del diferencial, no es su existencia en sí misma, sino la creencia de los consumidores en que están firmando un tipo de interés de un tanto por cierto que luego resulta ser superior al aplicar este diferencial.

Por último, sus dos últimas características versan sobre la aplicación de comisiones y el redondeo al alza que se le aplica a este tipo de referencia.

La primera se trata de algo similar al término del diferencial, es decir, se añade al tipo de interés final un porcentaje de comisión<sup>28</sup> que se llevará la entidad financiera, de forma que al final, el interés se ve inflado por más gastos para el consumidor, lo cual de nuevo vuelve a suponer una desventaja si lo comparamos con otros tipos de interés en el mercado actual;

<sup>25</sup> Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012.

<sup>26</sup> Vid. la Circular 5/1994, así como la Circular 8/1990 anteriores a ésta.

<sup>27</sup> Op. Cit. SERRET, A. Y TRELLO, J. Un tipo de interés puede ser fijo o variable, siendo en este caso variable referenciado, lo cual significa que el tipo se modifica con cadencias iguales o inferiores a un año, prefijadas en el mercado y con referencia a un índice del mercado. El hecho de tener un diferencial no significa nada más allá de la aplicación de un porcentaje sobre el interés base.

<sup>28</sup> En cuanto a las comisiones. Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012. Norma tercera:

“Norma tercera. Información pública sobre tipos de interés y comisiones.1. Las entidades publicarán, en la forma que se indica en el apartado 3 de esta Norma, los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicados a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela, en el formato establecido en el anejo 1 de la presente Circular, sobre las operaciones realizadas en cada trimestre natural para los diferentes perfiles de productos y clientes reflejados en dicho anejo. Dicha información se actualizará trimestralmente al tiempo de enviarla al Banco de España conforme a lo previsto en la norma decimosexta. Cuando la entidad no preste a su clientela alguno de los servicios reflejados en el anejo 1, hará constar

<sup>20</sup> Ibid, pp. 20 y ss.

<sup>21</sup> Vid. Castillo Martínez, C. Y Fortea Gorbe, J.L, pp. 399 y ss.

<sup>22</sup> Serret, A. Y Trello, J. Manual de préstamos hipotecarios. Editorial McGraw Hill, Madrid. (2013).

<sup>23</sup> Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. En la norma sexta bis de su texto aparecen regulados los tipos de interés a los que se conceden en el mercado actual los créditos a los consumidores, y es aquí donde viene definido el IRPH en sus tres tipos, los cuales fueron reemplazados con posterioridad por el IRPH para el Conjunto de Entidades.

<sup>24</sup> Comenzó a aplicarse en consecuencia de la derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, la cual fue modificada por la Ley 2/1994, de 30 de Marzo.

y en cuanto al redondeo al alza, para explicarlo de una forma sencilla, hemos de ver las publicaciones de los tipos de interés publicados por el Banco de España mensualmente, así cuando se va a aplicar un tipo IRPH a un préstamo hipotecario, siempre se cogerá de los tipos publicados, aquel que resulte más alto, y por tanto más beneficioso para la entidad financiera. Hemos de mencionar llegados este punto que los tipos de interés son divididos en cuartillos<sup>29</sup>.

Se trata además de una característica, de un problema más que presenta en concreto este tipo de interés, al menos, para la parte consumidora, ya que hace que en todo momento pague más de lo que supone el interés en sí mismo en el momento en el que se encuentra.

Todas estas características aun formando parte de una perspectiva más financiera que legal suponen en esencia, una base para la explicación de lo que viene a continuación, ya que como en todos los problemas, hay que entender en un principio el origen de ellos, para a continuación ver los resultados a los que dan lugar, y las soluciones legales que son impuestas por los Tribunales españoles.

#### IV. Análisis de la problemática

Como ya se ha adelantado, y como en otros casos más conocidos como las cláusulas suelo, todo contrato con consumidores conlleva unos riesgos inherentes al propio tipo de contrato, sumados a la existencia de una parte del contrato que se suele encontrar en clara desventaja con respecto a la otra. De este modo, se entiende que ya de por sí, en los contratos de préstamo hipotecario han existido problemas tan solo por el hecho de tratarse de prestar una elevada cantidad de dinero para la compra de un bien tan importante como es la vivienda.

Los principales problemas que autores como Bruñén (2017)<sup>30</sup> o Arroyo (2017)<sup>31</sup> destacan en

---

expresamente, en ese apartado del formato establecido en el anejo, la expresión «NO PRACTICADO». No se incluirán en esta información los tipos de interés o las comisiones practicados en otros servicios bancarios prestados por la entidad, sin perjuicio de su reflejo en los correspondientes contratos y de lo dispuesto legalmente sobre explicaciones adecuadas e información precontractual.”

<sup>29</sup> Este término significa que cada mitad de punto porcentual se divide en cuatro partes y son éstas las que aparecen publicadas por el Banco de España, es decir, es el cuartillo más alto el que se coge para cada caso. Para entenderlo mejor, si por ejemplo el tipo de interés al que una entidad bancaria presta el dinero se trata del 3% y los cuartillos publicados por el Banco de España son el 2,8% y el 3,2%, entonces el tipo de interés al que finalmente prestará el Banco el dinero será al 3,2%, con lo cual los consumidores siempre verán aumentado su tipo de interés.

<sup>30</sup> Achón Bruñén, M.J. (2017): las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Editorial Dykinson, Madrid. Pp. 103-107. La autora hace referencia en su libro en primer lugar al posible carácter manipulable del IRPH, a la posible falta de transparencia en los contratos referenciados al IRPH, a la validez o no de los distintos tipos de IRPH que se usaron en los comienzos del índice, y a las condiciones generales de la contratación en este tipo de cláusulas.

<sup>31</sup> González Arroyo, L. (2017): Falta de transparencia en los contratos de préstamo hipotecario: Cláusulas suelo y cláusulas

sus escritos son la abusividad, la falta de transparencia, la manipulabilidad, las cláusulas generales de la contratación y por último otros problemas menores como el uso de la TAE o la ausencia de buena fe en los contratos con consumidores.

En primer lugar, en cuanto a la abusividad, ésta se trata de un término muy general, por lo que es necesario hablar de ella en términos legales. De forma más específica, hemos de referirnos a la abusividad en los contratos financieros<sup>32</sup> cuando se relaciona con la imposibilidad de la parte consumidora de poder influir en el contrato que está firmando. Es decir, se relaciona la abusividad con la capacidad por parte de la entidad financiera de influir en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario de forma que se genere un beneficio para la entidad bancaria a costa del perjuicio de la parte consumidora, imponiendo de esta forma la entidad sus propias condiciones en el contrato sin que la otra parte tenga opción de cambiarlas. En definitiva, no se puede apreciar abusividad en un contrato o cláusula sin que una de las partes saque provecho de la cláusula en perjuicio de la otra, puesto que si tan solo hubiera beneficio para la empresa pero el consumidor no resultara perjudicado, entonces no se podría hablar de abusividad.

Como se puede observar en la explicación de abusividad, para poder decir que estamos en presencia de abusividad es necesario que exista en el contrato una empresa o profesional y del otro lado un consumidor o cliente. De forma que, tan solo se podrá apreciar la abusividad<sup>33</sup> en un contrato en el cual se hallen presentes estas partes. Así se establece en el artículo 3 de la Directiva 93/13 en la cual se expresa lo siguiente: “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”

Ya en su apartado 1, el artículo 3 de la Directiva<sup>34</sup> hace hincapié en la relación entre

---

IRPH. Trabajo Fin de Grado de la Universidad de Salamanca. En la misma línea que la autora supra intenta explicar los distintos problemas que acarrea este tipo de índice, los cuales serán explicados a continuación.

<sup>32</sup> Como ya se ha visto la abusividad se encuentra presente en numerosos tipos de contrato financieros, y no es más que un tipo de problema que tiende a ir en conexión con los otros expuestos.

<sup>33</sup> Vid. Castillo Martínez (2016), pp. 78-80. Se entiende que las cláusulas abusivas solo pueden estar presentes en contratos no profesionales, es decir, en los que sea partícipe un consumidor que sea el destinatario final del bien o servicio. Se entiende además que la noción de cláusula abusiva viene relacionada con el término de condición general de la contratación lo cual parece obvio ya que en la misma problemática del IRPH se establece como uno de los principales problemas la presencia de estas condiciones en el clausulado de los contratos de préstamo hipotecario.

<sup>34</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993. Apartado 1. Artículo 3. Lo importante de la redacción de este apartado recae sobre el desequilibrio causado a la parte consumidora pues, fuera de las exigencias que se establecen en toda relación contractual como son la buena fe y la ausencia de vicios en el consentimiento, aquí la intención de la entidad financiera no supone ninguna importancia para la declaración de la abusividad en el contrato, sino tan solo que se obtenga un beneficio para la entidad bancaria que provenga del detrimento del cliente.

profesionales y consumidores para explicar la definición de abusividad. Y más allá de la propia ley, también podemos encontrar autores que explican esta relación de una forma más extensa, como puede ser Rincón Andreu<sup>35</sup>, el cual vuelve a hablar en su libro de la Directiva y comenta que la Directiva 93/13 de la Unión Europea regula en algunos de sus artículos lo que debe ser entendido como abusividad en un contrato, y por tanto a nivel estatal debe ser interpretada y tenida en cuenta en los contratos firmados en nuestro país. El artículo 3 y 4 tratan de explicar sencillamente que una cláusulas será abusiva siempre que haya sido individualmente negociada y cause un perjuicio al consumidor aunque no fuera esta la intención de la entidad, y de otro lado que las cláusulas abusivas no pueden ser contempladas de forma general, si no que se deberán tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, analizando cada detalle que sea necesario para determinar la abusividad del clausulado.

En hilo con otro de los problemas que a continuación serán explicados, también se ha dado en numerosos casos la presencia de abusividad en contratos que han presentado "*condiciones generales de la contratación*". La definición de estas cláusulas y sin entrar en pormenores es sencillamente la imposición de cláusulas por parte del profesional en el contrato que podrían aplicarse a cualquier tipo de contrato y que por tanto, no se adaptan a las características individuales del contrato de que se trate. Se trata de un problema íntimamente relacionado con la abusividad ya que, la presencia de condiciones generales de la contratación<sup>36</sup> puede ser la causa por la que se señale abusividad en la cláusula que las contenga.

No obstante lo expuesto en el apartado anterior, se ha de señalar que para la existencia de abusividad en un contrato no es necesario que haya una cláusula general de la contratación pues, la abusividad puede ser declarada por otros motivos, sin embargo, si que debe ser declarada la abusividad en cuanto que se halle presente una condición general de la contratación.

En conclusión, y para terminar con este primer problema, los matices a tener en cuenta para concluir que hay abusividad en un contrato de préstamo hipotecario referenciado al IRPH son de un lado que existan tanto un empresario como un consumidor a ambos lados del contrato; y por otra parte, que se cause un perjuicio a la parte consumidora que sea directamente en relación con el beneficio que ha obtenido el profesional.

<sup>35</sup> Rincón Andreu, G. "Cláusulas abusivas en contratación bancaria: doble control de transparencia en España y la Unión Europea", *Novum Jus*, 2009, Vol. 13 (2), pp.105-128. El autor trata de explicar que la Directiva es la encargada de puntualizar los matices sobre los que deben hacer su interpretación los jueces nacionales, ello siempre con la normativa nacional en la que se basan para fallar en cada caso.

<sup>36</sup> Vid. Achón Bruñen. Pp. 103-107. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao nº2 2, 104/2016, de 17 de marzo, determina que el IRPH en ese caso no fue negociado por ambas partes, y que en el mismo momento en el que eso se determina, el objeto del contrato pasa a ser algo impuesto por una sola de las partes quebrantando la negociación como base de un contrato. Al no ser explicado por la entidad bancaria ni entendido por la parte consumidora, hemos de entender que se trata de una condición general de la contratación. Así lo declara también el Juzgado de lo Mercantil de Valencia nº3, 18 de noviembre 2015, al entender que el IRPH no fue explicado por la entidad prestamista y que por ello debe ser considerado condición general y con ello una cláusula abusiva.

En segundo lugar, la manipulabilidad, y así lo explican sin utilizar este término concreto, Domenech y Fernández Seijó<sup>37</sup>, al referirse a las entidades financieras como las perceptoras de la media del propio índice. Es decir, son los propios Bancos y Cajas de Ahorro los que a través de las ofertas propuestas a los distintos clientes publican después los datos mensuales en el Banco de España, y es por ello, que señalan los autores que empezaron los problemas, pues se empezó a calificar este índice como abusivo al declarar la capacidad de manipular e incidir en el propio índice de las entidades financieras.

No obstante, se ha de señalar que el término manipulable dejó de aplicarse, al resultar dañino para la imagen pública de las entidades financieras que habían sido demandadas. Así, a pesar de no utilizarse el término, se mantuvo el significado intacto, y pasó a declararse abusivo en esos casos.

En las primeras sentencias en las que se hablaba de este término se aludía al incumplimiento del artículo 1.256 del Código Civil, el cual establecía que: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Con esto se da a entender que los prestamistas disponían de una ventaja para manipular los contratos, de la que no se beneficiaban los consumidores, y que por ello resultaba perjudicial este tipo de interés en los préstamos hipotecarios.

Por tanto, se concluye que el concepto de manipulabilidad viene referido a la no objetividad de este tipo de interés, y al conocimiento por parte de la entidades bancarias de su poder<sup>38</sup> hacia este tipo de interés en comparación a otros, lo cual inclina la balanza hacia los préstamos hipotecarios al IRPH en comparación a otros tipos menos beneficiosos para la entidad.

El siguiente problema al que debemos referirnos es la falta de transparencia en los contratos de préstamo, relacionado también con la abusividad usualmente, y en ciertos momentos con otros de los expuestos.

Como se puede ver reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Diciembre de 2017, la falta de transparencia puede venir referida a diferentes conceptos. De un lado, se puede hablar de falta de transparencia cuando nos encontramos ante la situación de falta de información para el consumidor. Ocurre cuando en la redacción de un contrato se omite información -en este caso cualquier dato que sea relevante en un contrato financiero cómo el cálculo total del interés aplicado- que sería de utilidad para el cliente y que al no hacer uso de ella podría estar firmando

<sup>37</sup> Vid. Doménech y Fernández Seijó, pp. 49-50.

<sup>38</sup> Orden 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Artículo 6. "2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.
- b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo."

un documento que realmente no comprende<sup>39</sup> o no querría firmar si supiera los datos omitidos. Volviendo a la cuestión de dato relevante, encontramos aquí un matiz importante el cual es preciso aclarar.

Ni la evolución, en los últimos años, del tipo de interés en cuestión ni su método de cálculo, pueden entenderse como parte de la información necesaria<sup>40</sup>, pues ello supondría una situación de más incertidumbre para los prestatarios, en el sentido de confundirlos más con la explicación matemática de todo el procedimiento. Es aquí cuando entra en juego la jurisprudencia para aclarar lo que es verdaderamente información relevante en este tipo de contratos. Y dice que se trata de aquella que haga entender al consumidor, en todo momento, qué servicio está contratando. Para ello, la entidad financiera debe informar sobre las distintas cláusulas que va a firmar el prestatario, sin entrar en los detalles antes expuestos. Además, no estará obligado, en ningún momento, a informar de otras alternativas que se puedan aplicar al contrato puesto que éstas son públicas y, por tanto, cualquier cliente con un entendimiento medio podría tener acceso a ellas y comprenderlas.

Por ende, la información suministrada debe ser que la estrictamente necesaria para que los clientes sean capaces de entender<sup>41</sup> a los que se enfrentan con el préstamo hipotecario referenciado al IRPH.

Adicionalmente, se entiende que hay falta de transparencia, no solo por la ausencia de información en un contrato (o la falta de claridad de ésta<sup>42</sup>), sino que también se entiende que se da

este problema en los casos en los que se incluyen condiciones generales para los consumidores o cláusulas que sean ilegibles<sup>43</sup>, ambiguas o incomprensibles para los usuarios. Aquí se ha de tener en cuenta el art. 7 LCGC en su redacción literal, en el cual se dice que “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]”.

Por otro lado, según Vázquez Muiña<sup>44</sup>, es necesario hacer precisiones sobre las distintas cláusulas que suponen falta de transparencia. Cabe decir que haciendo una interpretación de la Directiva 93/13/CEE, se ha de diferenciar las cláusulas de contenido jurídico de las de contenido económico. El control de transparencia entendido por la Directiva<sup>45</sup> se lleva a cabo respecto de las cláusulas de contenido jurídico en los contratos, puesto que éstas podrían ser excluidas del clausulado, y seguiría estando vigente. Se da por hecho que solamente las cláusulas de contenido jurídico estarán sometidas a un control de fondo y que, por ende, las cláusulas de contenido económico pueden ser abusivas en la medida en la que se consideren “ilícitas por intransparencia”, entendiéndose esto último como la regulación de elementos esenciales en los contratos, que impide a la parte contratante conocer su contenido y alcance.

---

“En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.”

Directiva 93/13 CEE. Artículo 4.

“2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”

<sup>43</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Artículo 5.

“5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.”

<sup>44</sup> Vázquez Muiña, T. (2018): La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. Editorial Reus, Madrid.

<sup>45</sup> En su Anexo podemos ver contempladas una serie de cláusulas del apartado tercero del artículo 3 entre las cuales podemos encontrar aquellas que se refieren estrictamente al cumplimiento del contrato y a los aspectos jurídicos de este, pero sobretodo cláusulas que se encargan de la protección del consumidor como parte vulnerable del contrato. Así por ejemplo en las siguientes letras del artículo expresa lo siguiente:

CLÁUSULAS CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 3 DEL ARTICULO 3

“1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- g) autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves;
- i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;

---

<sup>39</sup> La entidad prestamista no estará obligada, en ningún momento, a informar de otras alternativas que se puedan aplicar al contrato puesto que éstas son públicas y, por tanto, cualquier cliente con un entendimiento medio podría tener acceso a ellas y comprenderlas. Al fin y al cabo, la información que se ha de suministrar debe ser la necesaria para entender que no se ha firmado un contrato sin entender bien a lo que se enfrentaba una de las partes.

<sup>40</sup> Vid. Castillo Martínez, trata el tema de la información necesaria explicando cual es la necesaria en la información contractual suministrada en un principio al cliente bancario. En el artículo 10 de la Ley 16/2011, se regula la información que el prestamista deberá suministrar al consumidor para actuar de forma honesta de forma previa a la celebración del contrato. Concretamente y sin llegar a citar todo el artículo pues no es necesario tratándose de información precontractual lo cual no es materia de este trabajo, menciona que la entidad debe informar sobre la Tasa Anual Equivalente y un ejemplo representativo de su forma de cálculo (lo cual es perfectamente extrapolable al caso de los préstamos al IRPH), todos los costes adicionales que no se incluyan en la base del interés, como los intereses de demora o los gastos del notario, otros muchos que vienen expresados en el artículo.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2020: “Para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”.

<sup>42</sup> Directiva 93/13 CEE. Artículo 5.

De nuevo Vázquez Muiña<sup>46</sup>, trata de explicar que las cláusulas de contenido económico, es decir aquellas que pueden contener los elementos esenciales del contrato, pueden declararse “intransparentes” y con ello abusivas (si así se determinase). Así, explica la autora que el control de transparencia resulta un control a posteriori. Una cláusula es declarada clara y comprensible y tras esto, se podrá entonces determinar si existe un desequilibrio económico o no. Una vez más, se distingue en la propia Directiva entre la abusividad y la transparencia como dos conceptos separados y que deben ser analizados de forma aislada.

Ciertamente, en ocasiones la falta de transparencia se puede confundir con el problema expuesto de la abusividad. Pero, a pesar de su relación, en tanto que la abusividad puede ser declarada por falta de transparencia, no se refieren a iguales conceptos ya que son independientes, y se puede declarar falta de transparencia sin abusividad y abusividad debido a otra causa como podrían ser las condiciones generales de la contratación o la ausencia de buena fe.

Por último, hemos de señalar que, para controlar que los contratos de préstamo sean transparentes, se han establecido diferentes leyes al efecto. En primer lugar, por la normativa europea aplicable (es decir, la Directiva 93/13/CEE<sup>47</sup>) y, en segundo lugar, por todas las leyes nacionales que protegen los derechos de los consumidores, como las ya mencionadas Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, o el Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27/02/1946) o la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE. núm. 261).

j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo;

k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;

n) restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares;

p) prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste;

q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.”

<sup>46</sup> Vid. Vázquez Muiña, pp.133 y ss.

<sup>47</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993. Se hace necesario recalcar en este punto, tras haberla mencionado en varias ocasiones anteriormente que, la Directiva Europea se encarga de regular el marco normativo que deben cumplir todas las entidades bancarias que se sometan al control de la Unión Europea en complementariedad con sus leyes nacionales. En caso de que un juez nacional (en este caso español) no entienda bien en qué sentido debe interpretar la Directiva en consonancia con la ley española, acudirá entonces al TJUE, quien tratará de dar las pinceladas necesarias sobre como debe interpretarse la ley europea. Ejemplo de ello es la sentencia del 3 de marzo de 2020, la cual supuso un cambio en la interpretación sobretodo de la transparencia en este tipo de contratos.

En resumidas cuentas, la falta de transparencia debe ser suplida con la información debida en cada contrato de préstamo hipotecario, así como la explicación pertinente por parte de la entidad financiera y su redacción clara, ya que se trata de un tipo de clausulado complejo y difícil de entender para los consumidores, y sobretodo con el tipo de interés que nos atañe.

En cuanto a las cláusulas generales de la contratación, de las cuales ya se ha hecho una breve introducción, estas se puede decir que son parte del problema de la abusividad, pues, la abusividad puede ser declarada por los tribunales después de observar que el clausulado contempla alguna cláusula general de la contratación. Entonces, ¿a qué nos referimos con este tipo de cláusulas? Se trata de insertar en un contrato con un consumidor algún apartado que pueda formar parte de cualquier tipo de contrato, y que no sea negociado por ambas partes, sino que tan solo haya sido impuesto por la parte del empresario<sup>48</sup>. Hemos de decir pues, que estas cláusulas tan solo pueden contemplarse por tanto en contratos en los que una parte sea consumidora y que de otro lado, se entienda, que esta parte no ha podido influir en la redacción del documento firmado. En cualquier otro caso, no podremos decir que son generales de la contratación aunque si que sería posible intentar demandar a la empresa por abusividad u otro problema de los antes mencionados.

En la jurisprudencia, podemos encontrar en diversas sentencias este problema en los contratos de préstamo hipotecario, así por ejemplo cabe mencionar la sentencia del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, en la que se hace una aclaración sobre cuándo se debe considerar que estamos ante este tipo de cláusulas.

En cuanto a la explicación de lo que verdaderamente es una cláusula de contratación general, nos remitimos a la sentencia, en la que se establece la siguiente argumentación:

- En primer lugar, es necesario nombrar la contractualidad, es decir, para que una cláusula pueda ser considerada como una condición general de contratación, su inserción en el contrato de que se trate no puede ser debido a una norma imperativa que obligue imponerla.

<sup>48</sup> Directiva 93/13. Artículo 3.

“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.” Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Artículo 5.

“1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el

- La segunda característica que debe presentar una condición general de contratación es su predisposición. Esto se refiere al hecho de que la cláusula se encuentre pre-redactada, en lugar de ser el resultado de la negociación o consenso por parte de los contratantes. En los contratos de adhesión se especifica que la cláusula debe ser impuesta por una de las partes. Es decir, debe ser impuesta, de alguna forma, por el empresario, de manera que el consumidor sólo tenga la posibilidad de acatar lo que está redactado en el contrato sin posibilidad alguna de cambiar ninguna cláusula.

- En tercer y último lugar, se habla de que, para que se trate de una condición general de contratación, debe tener la característica, de la generalidad. Es decir, deben servir para numerosos tipos de contratos y no sólo para el que atañe a una situación específica. Se trata de unos modelos estandarizados que disciplinan uniformemente los contratos inter-partes.

Este problema de incluir cláusulas generales de contratación en los contratos de préstamos hipotecarios referenciados al IRPH, ha sido muy discutido en las sentencias que se encuentran sobre estos casos. Y se ha de decir que, en la mayoría, no se consideran como este tipo de cláusulas pues no se dan todos los requisitos que se explican anteriormente para considerarse como tal.

En último lugar y para poder poner punto y final a este apartado, nos encontramos con el problema relacionado con la aplicación de la TAE<sup>49</sup>, (o mejor dicho, su no aplicación) y con el problema de la ausencia de buena fe.

Pues bien, en cuanto al primero que nos atañe, y como bien explica Múrtula<sup>50</sup> resulta de mayor facilidad y comprensión para un consumidor de entendimiento medio que en su contrato venga especificada la TAE, pues, esta resulta fácilmente comparable con otros tipos de interés por parte del consumidor que quiera informarse de la opción más ventajosa mientras que, si solo se utiliza el tipo de interés inicial publicado por el BE, a este le faltarán aún datos por añadir y la comparación no resultará aclarativa para los clientes. Es por ello, que la Ley 16/2011, de 24 de Junio, de Créditos al Consumo explica que podría ser más beneficioso el uso de la TAE para los consumidores, describiéndola como “factor de información homogeneizador en el mercado de crédito”. Así lo demuestra también Vilchez<sup>51</sup> en su libro al explicar que resulta más claro para los consumidores si se realizan comparaciones entre la TAE que entre los distintos intereses.

Para entendernos mejor, como bien aclara Múrtula<sup>52</sup> en su libro, la TAE es sencillamente se trata de una equivalencia financiera que retrata de forma clara la rentabilidad real que obtiene el

---

*predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.”*

<sup>49</sup> Tasa Anual Equivalente. Se trata de un tipo de interés que aúna en su totalidad todos los gastos previstos para un contrato de forma que con su utilización es más fácil realizar comparaciones entre distintos tipos de interés.

<sup>50</sup> Múrtula Lafuente, V. La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos. Editorial Reus (2012).

<sup>51</sup> Pertñez Vilchez, F. (2017): La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

<sup>52</sup> Vid. Múrtula Lafuente, V. Para que un consumidor entienda de forma clara la comparación entre los tipos de interés se utiliza la TAE como factor homogeneizador. Así, de un solo índice representativo el consumidor puede obtener la información

prestamista en cualquier contrato de crédito. En la TAE se mezclan como ya se ha expresado todas las comisiones y los gastos, y es por ello que, se entiende que expresa el coste casi total de la operación exceptuando los gastos notariales, por lo cual aun sigue sin ser el total real.

Por último, y aunque en su caso no sea de gran relevancia en muchas sentencias, estaría la ausencia de buena fe en los contratos (la cual derivaría en la declaración de abusividad en el contrato). Este término en derecho civil implica que una de las partes ha actuado ocultando información y tergiversando alguna parte del contrato, dando lugar a error para la otra parte, la cual finalmente no comprende lo que firma, o incluso no firmaría ese contrato de saber la realidad. Aunque también cabe decir aquí, que todos los autores no están conformes con el hecho de que la ausencia de buena fe deba ser considerada en este punto como causa de la abusividad en un contrato, así por ejemplo Amat Llombart<sup>53</sup>, no coincide con otros autores que hablan de ella, y se niega a considerarla una causa de la abusividad.

## V. Efectos causados por la abusividad en los contratos financieros

De forma general, los distintos tipos de contratos financieros tienen en común una serie de efectos que recaen sobre los consumidores una vez que los problemas anteriores han sido declarados por los jueces.

---

necesaria para tomar una decisión. Así lo expresan en primer lugar la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, en su artículo 4 apartado 2, expresa lo siguiente:

Artículo 4

“2. La información básica especificará los elementos siguientes de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo:

a) tipo deudor, fijo y/o variable, junto con información sobre los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor;”

Además también la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, hace referencia de forma similar en su artículo 9, apartados 2 y 3 la TAE, quedando redactados de la siguiente forma:

Artículo 9.

“2. La información básica especificará los elementos siguientes de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo:

c) La tasa anual equivalente, salvo en el caso de los contratos en los que el crédito se conceda en forma de posibilidad de descubierto y que deban reembolsarse previa petición o en el plazo de tres meses, indicados en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 4.

3. Si se condicionara la concesión del crédito en las condiciones ofrecidas a la celebración de un contrato relativo a un servicio accesorio vinculado con el contrato de crédito, en particular un seguro, y el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano, dicha condición deberá mencionarse de forma clara, concisa y destacada, junto con la tasa anual equivalente.”

<sup>53</sup> Vid. Amat Llombart, P. (2018): Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del derecho y la jurisprudencia comunitaria y española. Editorial Reus, Madrid.

Después de la sentencia de 3 de marzo de 2020 del TJUE<sup>54</sup>, se ha declarado que los Tribunales Españoles pueden, ateniéndose al caso concreto, declarar una solución u otra, según entiendan qué actuación sería la menos perjudicial o mas favorable para los consumidores. Así lo explica también Múrtula Lafuente<sup>55</sup> al contemplar la posibilidad de apreciación de oficio por parte de los Tribunales españoles.

Los efectos a continuación expuestos deberán ser tenidos en cuenta en su marco contractual; es decir, con las circunstancias concretas del caso, el momento en el que se firmó, y en fin, todo lo que sea preciso en el momento de revisar el caso. Ahora pues, los efectos/soluciones son:

- La nulidad absoluta de las cláusulas que suponen abusividad. La ley española contempla que en ningún caso se puede aplicar una cláusula que haya sido considerada como nula. Se entiende, que una vez declarada la nulidad del clausulado, se deberá entender que nunca ha existido, y deberá contemplarse otra cláusula que la sustituya o que deje de existir la cláusula en su totalidad.

Se debe entender aquí que el préstamo hipotecario continuaría su vigencia, a no ser que el objeto principal del contrato se vea afectado.

- Imposibilidad de modificación o integración del contrato. Una vez que ocurre la circunstancia anterior no podrá el tribunal -de oficio- cambiar la cláusula del contrato a la que afecte ya que, en esta materia, los únicos con poder para cambiar el contrato son las partes contratantes, debido a la autonomía de la voluntad imperante en los contratos. Según la doctrina del TJUE en la materia, no se da la posibilidad de reconstruir el contrato y, por tanto, la solución posible nos remite al principio de este párrafo: dejar de utilizar las cláusulas que resulten abusivas.

- Continuación o sobreseimiento de la ejecución hipotecaria iniciada en el caso de impago de los intereses o del principal por parte de los consumidores. La ejecución hipotecaria es un efecto común que se contempla en nuestro reglamento, y que se impone en los casos de impago continuado de cantidades debidas a la entidad financiera. Se trata de un procedimiento administrativo seguido a un proceso declarativo procesal.

<sup>54</sup> Sentencia del 3 de marzo de 2020, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta). Caso varios contra varios. Sentencia de 16 julio 2020. TJCE 2020\104. Dice la sentencia en su párrafo 51 lo siguiente: "corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo".

<sup>55</sup> Vid. Múrtula Lafuente, V. Pp.163-165. El TJCE interpretando la Directiva 93/13 arrojó unas conclusiones algo inusuales acerca de la apreciación de oficio por parte de los jueces teniendo en cuenta que estamos en materia contractual. Este tribunal dictaminó que "solo se puede alcanzar una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula". Es aquí donde Múrtula explica que se hace necesario este control de oficio debido al riesgo al que se somete el consumidor que ignora sus derechos o que aun conociéndolos puede que no disponga de las herramientas para ejercerlos.

- Devolución de los intereses pagados en exceso para el caso de que se aplicara un índice mayor en el contrato firmado. Esto sugiere que en los casos en los que, por ejemplo, se aplicara el índice IRPH y la cláusula que contuviera este índice fuera declarada abusiva, pueden los tribunales declarar que se devuelvan los intereses que ya han sido pagados por el consumidor si, al haberse aplicado otro tipo de interés como el Euribor más uno, no hubiera salido tan perjudicado el mismo.

- Dejar la cláusula de intereses que haya sido declarada abusiva sin aplicar, por entender que es posible la subsistencia del contrato de préstamo sin la continuación del pago de intereses<sup>56</sup>.

Todos estos efectos tienen en común la interpretación de los jueces en cada caso; es decir, podemos encontrarnos en la práctica con casos similares que den lugar a efectos diferentes, ello es debido a que es el juez el encargado de apreciar según las circunstancias del caso concreto cual será la solución que tendrá en cuenta. Ello siempre basándose de un lado en la ley, y de otro en la jurisprudencia asentada<sup>57</sup>.

### 5.1. Efectos del IRPH sobre los consumidores

Tras establecer de forma general cuáles son los principales efectos que cualquier contrato financiero puede causar a los consumidores, es momento de aclarar cuáles son los más recurrentes para el tipo de referencia de los préstamos hipotecarios.

#### - Pago de intereses desproporcionados

El concepto de "desproporcionado" ha sido abordado desde distintas perspectivas por autores para referirse a las indemnizaciones e intereses moratorios<sup>58</sup> que deben pagar los consumidores. Pero ahora es el momento de hablar de los intereses remuneratorios (siendo esto el precio que se paga por el servicio prestado por la entidad<sup>59</sup>). Pues bien, cuando un contrato presenta intereses desproporcionados, la cláusula que lo contenga debería ser declarada abusiva. Sin entrar en más precisiones la conclusión se obtiene de una comparación realizada del IRPH o cláusulas suelo con otros tipos de interés existentes en el mercado. De esta forma el consumidor vendría pagando un exceso de intereses, pudiendo aplicarse un interés más favorable.

<sup>56</sup> Tras declarar la nulidad total de una cláusula sabemos que hay dos efectos comunes, el segundo de ellos es la no aplicación de la cláusula sin necesidad de sustituirla por otra más ventajosa para el consumidor.

<sup>57</sup> No hay que olvidar que se trata de un tema reciente que aún causa controversia en las interpretaciones de los tribunales y que por ello, existen estas divergencias en los fallos.

<sup>58</sup> Como recordatorio, en un contrato de préstamos hipotecario surgen diversos gastos añadidos al propio precio del contrato (tipo de interés), como son los intereses de demora o moratorios, por impago de las cuotas en el tiempo debido. Estos intereses son muy comunes, por no decir, que son insertados en todos los contratos de préstamo para que la entidad bancaria vea respaldados sus futuros impagos por sus clientes. Se trata de intereses bastante mayores al tipo de interés base del contrato.

<sup>59</sup> Vid. Doménech y Fernández Seijó, pp. 49 y ss.

### - Nulidad de las cláusulas que lo contienen

La nulidad de una cláusula IRPH supone la imposibilidad inmediata de seguir aplicando este tipo de interés en el contrato.

No se ha de suponer de antemano que las cláusulas que contengan el IRPH y las cláusulas suelo van a suponer siempre la nulidad de estas. Si no que, como todo en el ámbito jurídico, es relativo. Los tribunales tienen el poder para en base a su propia interpretación de la ley, valorar<sup>60</sup> si éstas causan un perjuicio a los consumidores y que -por ende- predicen de falta de transparencia o de cualquiera de los problemas que pueden causar la abusividad.

De común, una cláusula que contenga un interés remuneratorio -lo cual supone el objeto principal del contrato-, se va a intentar corregir, es decir, subsanar. Continuando de esta forma la vigencia del contrato sin esa cláusula concreta y con la solución que sea propuesta en cada caso por el tribunal competente. Como por ejemplo con la sustitución de un índice más bondadoso para el consumidor.

No obstante, se ha de tener en cuenta que este efecto no es más que la base que da lugar a los siguientes efectos/soluciones a continuación expuestos.

### 5.2. Posibles soluciones legales a los efectos del IRPH

Todos los efectos anteriores deben ser atendidos por los tribunales para así darles solución a los afectados. Es por ello que en este punto se ha hecho una recopilación de las soluciones legales que son más utilizadas en la práctica.

- Sustitución de los índices originarios por otros más favorables a los consumidores.

Una vez declarada la nulidad de una cláusula cualquiera que sea esta, los tribunales deben tomar una decisión sobre la continuidad del contrato en su totalidad.

Una de las soluciones y/o efectos que causa la declaración de nulidad es la sustitución por parte del Tribunal competente, por otra cláusula más beneficiosa para el consumidor que ha resultado afectado por la anterior. En este caso, frecuentemente se encuentra más favorable para los consumidores la aplicación del Euribor<sup>61</sup> frente a la del IRPH. Ello se debe a la estabilidad del IRPH, que en un principio es entendida como más beneficiosa para el consumidor<sup>62</sup> pero que deriva

<sup>60</sup> Vid. Moreno García y Senés Motilla, C. Pp. 493 y ss. En ellas se explica cómo varía la nulidad, anulabilidad u otras consecuencias de cada una de las cláusulas que pueden resultar nulas en este caso en un proceso de ejecución, el cual podría ser extrapolado a nuestro caso por las semejanzas que se puedan dar entre una ejecución hipotecaria y un caso de un préstamo hipotecario.

<sup>61</sup> Se sabe en base a los datos proporcionados por el Banco de España cada mes, que en los últimos años el IRPH se ha encontrado muy por encima del Euribor. Incrementándose el primero cada año, mientras que el segundo ha ido bajando. Así, hoy día se encuentra el IRPH en los 1,489 puntos porcentuales. (Fecha de septiembre 2021).

Hay que entender que el EURIBOR sigue la tendencia europea a la bajada de los tipos de interés, y debido como se ha dicho, a su mayor volatilidad, en este caso se ve beneficiado por el cambio actual.

<sup>62</sup> También la Audiencia Provincial de Girona, Sentencia núm. 5/2018 de 11 enero, resuelve sobre un caso similar, pero esta

en una estabilidad permanente con los años, mientras que con los cambios surgidos en Europa entorno a los tipos de interés el EURIBOR ha bajado significativamente por su menor estabilidad.

### - Ausencia de pago de intereses

A pesar de que puede ocurrir que un Tribunal en su fallo dictamine que el tipo de interés aplicado en el contrato debe ser sustituido por otro más favorable para el consumidor, en la realidad, y tras diferentes interpretaciones hechas a la propia ley por los jueces nacionales, puede ocurrir que un contrato deje de tener un tipo de interés para el resto de la vigencia del contrato.

Ello ocurre porque los encargados de aplicar la ley entienden que en lugar de devolver el exceso de interés pagado por los consumidores a estos, simplemente dejará de existir una remuneración del contrato de préstamo para la entidad financiera.

Este efecto es el menos común de todos ellos, pues en un contrato de préstamo hipotecario el precio que se paga por el dinero prestado es sencillamente el tipo de interés, por lo que se entiende que si este deja de existir el contrato carece de sentido para la entidad bancaria. Dicho esto, aunque no sea muy habitual, nos encontramos sentencias que han dictado a favor de los consumidores en este sentido como es la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Illescas<sup>63</sup> el cual tras basarse en la Sentencia de 3 de Marzo de 2020 del TJUE<sup>64</sup>, estima conveniente que la cláusula que contiene el IRPH debe ser declarada abusiva y dejar de aplicarse, entendiéndose así que el contrato puede seguir en vigencia sin la aplicación de la referida cláusula.

## 6. Conclusiones

El sistema financiero en España funciona de forma muy compleja. De un lado las Entidades Bancarias deben respetar la normativa de la comunidad europea ya que se trata de leyes creadas para el conjunto de países que forman parte de la zona euro y deben ser respetadas por todos ellos. De otro lado, también existe la normativa nacional, la cual además de interpretar y recordar

---

vez, en lugar de comparar el IRPH con el EURIBOR, se establece que también hay un exceso de interés en el préstamo debido a la aplicación del IRPH Cajas en lugar del legalmente aplicable (IRPH Entidades). Una vez más, se condena a la entidad financiera a devolver los intereses cobrados en exceso.

En otra sentencia (Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, Sentencia núm. 66/2015 de 16 marzo), se establece el mismo patrón, especificando que la aplicación del IRPH resulta más gravosa para los consumidores que la del EURIBOR y que, por ello, se deben devolver los intereses ya pagados.

<sup>63</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Illescas, 11 de marzo 2020. En esta sentencia se declara que el contrato financiero de préstamo no es dependiente del tipo de interés del IRPH y por lo tanto se concluye que su vigencia puede continuar sin necesidad de seguir aplicando ningún otro tipo de interés existente en el mercado.

<sup>64</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Illescas, 11 de marzo 2020. La referida sentencia, fue la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por un Tribunal de la provincia de Barcelona para lograr entender la aplicación e interpretación que se le debe dar a la Directiva 13/93 de la Unión Europea.

parte de la propia normativa europea también añade nuevas normas a todo el entramado ya elaborado por el BCE. Es decir, los Bancos deben acatar un doble control de legalidad que debe estar presente en todos sus movimientos.

La razón por la cual se empezaron a crear diversas normas para el funcionamiento de los servicios financieros fue principalmente la protección de los consumidores y usuarios de estos servicios que se vieron afectados por los distintos tipos de interés creados en los años recientes, así como por los beneficios que las distintas entidades obtenían debido a su mejor posición en los contratos de crédito, de préstamo o de cambio divisas sobretodo, ya que cómo se ha visto expuesto, en la mayoría de los casos son los profesionales o empresas los que consiguen un mayor beneficio de este tipo de relación. Así, fueron surgieron las mencionadas leyes LCGC o TRLGDCU.

Demanda tras demanda se creo la necesidad de unificar parte de la jurisprudencia de los Tribunales españoles y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para así crear normas que ampararan a los consumidores en sus problemas financieros con las entidades bancarias.

En concreto, en los préstamos hipotecarios ajustados al IRPH encontramos los problemas de manipulabilidad, abusividad, falta de transparencia, presencia de condiciones generales de la contratación, ausencia de buena fe y el uso de la TAE. Todos ellos se someten a un control exhaustivo de los tribunales españoles, con la ayuda de las interpretaciones que hace el TJUE desde la Unión Europea. Así, cada tribunal estará encargado de hacer la interpretación que crea conveniente según las circunstancias del caso basándose en la jurisprudencia asentada.

En cuanto al IRPH, se trata de un índice de referencia muy complejo que ha planteado numerosas cuestiones para los tribunales y para la doctrina. Es necesario comprender el funcionamiento de este, y que los consumidores tengan el conocimiento al menos mínimo de lo que supone para ellos formar parte de un contrato de tal calibre. No olvidando también. La importancia de saber las herramientas de las que disponen para defender sus derechos como consumidores ante los problemas a los que se puedan enfrentar.

Si se diera el caso, y se dictaminara que existen estos, los consumidores podrían obtener distintos resultados, como podría ser la nulidad de la cláusula que contiene el IRPH o su intercambio por otro tipo de interés que le sea más beneficioso al consumidor, como podría ser actualmente el EURIBOR. Y entonces, entraría en juego la interpretación que realicen los Tribunales españoles encargados del caso concreto de que se trate.

Cómo se ha podido observar, aún estamos a mitad de camino, incluso puede que solo al principio de este, pues, lo que resulta ser falta de transparencia para un Tribunal puede que no lo sea para otro. En adición a esto, son numerosas las veces que los Tribunales españoles acuden al TJUE para que interprete las normas europeas y así se den soluciones y efectos más unificados para los consumidores.

Todos los consumidores estamos a la espera de nuevas interpretaciones del TJUE, de nuevas normas y de nuevos casos mediáticos que cambien el panorama actual.

En resumen, es necesario que los clientes dispongan de toda la información necesaria para comprender como funciona el tipo de interés, y que así en ningún caso se encuentren en una situación de desventaja en comparación a la entidad prestamista. Además esta información debe

ser suministrada de una forma clara para que no se cause confusión alguna a los consumidores y puedan firmar con seguridad el contrato de préstamo.

## 7. Referencias

- Achón Bruñén, M.J. (2017): Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Editorial Dykinson, Madrid.
- Amat Llombart, P. (2018): Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del derecho y la jurisprudencia comunitaria y española. Editorial Reus, Madrid.
- Castillo Martínez, C. Del C. Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Editorial Tirant lo Blanch. (2016).
- Castillo Martínez, C. Del C. (2017): La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Castillo Martínez, C. Y Fortea Gorbe, J.L. Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura. Tirant lo Blanch (2019).
- Doménech, F. Y Fernández Seijo, J.M. (2020): El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la ley de crédito inmobiliario y en la Jurisprudencia del TS y TJUE. José María Bosch Editor, Barcelona.
- González Arroyo, L. (2017): Falta de transparencia en los contratos de préstamo hipotecario: Cláusulas suelo y cláusulas IRPH. Trabajo Fin de Grado de la Universidad de Salamanca.
- Moreno García, L. Y Senés Motilla, C. Las cláusulas abusivas: tratamiento sustantivo y procesal. Editorial Tirant lo Blanch (2018), pp.567-584.
- Múrtula Lafuente, V. La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos. Editorial Reus (2012).
- Pertíñez Vílchez, F. (2017): La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Rincón Andreu, G. "Cláusulas abusivas en contratación bancaria: doble control de transparencia en España y la Unión Europea", Novum Jus, 2009, Vol.13 (2), pp.105-128.
- Serret, A. Y Trello, J. Manual de préstamos hipotecarios. Editorial McGraw Hill, Madrid. (2013).
- Vázquez Muña, T. (2018): La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. Editorial Reus, Madrid.

## LA CRISIS DE LA COVID 19 Y SU IMPACTO PRESENTE Y FUTURO EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

### Autores

Juan Roberto Reyes Solís<sup>1</sup>

### Abstract

La crisis de la covid 19 que se experimenta en la actualidad impacta de diferentes maneras en el sistema internacional. Una de estas formas es la nueva desigualdad sanitaria, económica y social que se está generando en el mundo actual por esta pandemia. A ello se suman la lucha de intereses entre grandes potencias y naciones que disponen de recursos para hacer frente al problema, la dificultad de numerosos países para acceder a vacunas anticovid y la incapacidad de los sistemas e infraestructura sanitaria para superar la situación. Los retos internacionales presentes y futuros requieren de la participación decisiva de países clave como los EUA, Rusia, China, los miembros de la Unión Europea y potencias medias como México, India, etc. Se requiere también de acciones coordinadas y codirigidas con organismos clave como la Organización Mundial de la Salud y el sistema de Naciones Unidas. Sin embargo, esto no fue posible en el pasado inmediato por las rivalidades entre grandes potencias y diferentes intereses de por medio. Sin embargo, al transcurrir el tiempo, y justo a mediados de 2021 parece ser que el panorama podría cambiar. Para lograrlo, será necesario reunir la voluntad de gobiernos clave, especialmente porque la economía mundial no puede sostenerse en un escenario crítico. La visualización de soluciones en el presente permitirá encontrar una salida en el futuro. El propósito del presente artículo es exponer a los lectores una visión acerca de lo que se experimenta en esta crisis como una de las dinámicas más complejas de las relaciones internacionales y reflexionar sobre lo que puede venir hacia mediados del decenio de 2020.

**Palabras clave:** Pandemia, desigualdad, sistema internacional.

### I. De Wuhan 2019 a Nueva Delhi 2021

Las ciudades indicadas son el punto de origen y uno de los espacios más críticos en las diferentes experiencias de pandemia en la geografía mundial. Ambas urbes son también el inicio de transmisión del virus de la covid 19 en China (Hernández, 2021) y por otro lado el espejo donde se reflejan las piras funerarias en las provincias de la India (De la Cal, 2021) ¿Cómo fue que llegamos hasta aquí? Hay diferentes causas, supuestos e hipótesis. Sin embargo, desde el momento inicial hasta el día de hoy tuvo mucho que ver la falta de un férreo control y disciplina

social por parte de gobiernos y ciudadanos. A ello se sumó la lentitud para coordinar un esquema ad hoc de diplomacia cooperativa y gestión multilateral (Malacalza, 2020) que por las diferencias e intereses políticos entre gobiernos clave derivó en una desigual obtención de recursos para mitigar y contener el problema.

¿Qué hubiera pasado si se hubiese impulsado una acción global preventiva con suficiente y notoria coordinación, además de mayor rigidez por parte de los gobiernos y pleno cumplimiento por los ciudadanos? Seguramente las historias sobre temas funestos habrían sido limitadas, la cooperación internacional efectiva habría prevalecido y mitigado esta crisis con mayor velocidad, una mayor producción de vacunas habría estado en curso para apoyar a países, tanto poderosos, como aquellos con escasos recursos. Quizás menos víctimas, quizás menos problemas, un quizás...general<sup>2</sup>.

A pesar de que lo anterior es un supuesto, hoy en día (mediados de 2021) se dispone afortunadamente de una vacuna con la que se procura disminuir la posibilidad de contagio y atenuar sus mortales consecuencias. A pesar de las rivalidades internacionales para producir dicho remedio, han contribuido numerosos laboratorios y centros de investigación especializados en diferentes partes del mundo, en especial, de América del norte, Europa occidental y Asia oriental (Vargas, 2020). A ello se suma el rol de la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>3</sup> así como una diplomacia proactiva de gestión y obtención de recursos de numerosos gobiernos que tomaron la iniciativa para proceder y prevenir.

Así las cosas, y mientras seguíamos el curso de un mundo con “normalidades” relacionadas con la acumulación de recursos, negocios y competitividad basada en la superación de rivales de mercado, la repentina irrupción de la covid 19 alteró esa *normalidad* a la que nos habíamos acostumbrado. Era una *normalidad* caracterizada por las expectativas de arrastre de los agentes económicos y sociales hacia una participación desbordante en la economía y la vida social en donde el *glamour* y el éxito sustentado en el alarde de resultados financieros eran el factor que denotaba dicho “éxito”. El comercio internacional, el crecimiento del producto interno bruto, mejor

<sup>2</sup> Al 9 de junio de 2021 se registra que en el mundo hay más de 3.7 millones de decesos y unos 174 millones de personas contagiadas. Los Estados Unidos tienen en esta fecha el mayor número de contagios (33 millones -equivalentes al 10% de la población nacional-, además de 598 mil fallecimientos). En siguiente orden está la India (29 millones de contagios y 353 mil decesos) y posteriormente Brasil con 17 millones de personas infectadas con el virus y 476 mil decesos. Al respecto puede verse Mapa del coronavirus en el mundo: Casos, muertes y los últimos datos de su evolución. Disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20210609/mapa-mundial-del-coronavirus/1998143.shtml>

<sup>3</sup> OMS (2006). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. OMS. Nueva York. Cabe agregar que en el documento de carácter constitutivo que reúne diversas adiciones al texto original de 1946, se han añadido planteamientos como la cooperación activa por parte del público es de vital importancia para el mejoramiento de la salud de los pueblos, entre otras cuestiones que se pueden considerar relevantes para estas circunstancias.

<sup>1</sup> Analista internacional

mercado, ciudades con perfil de progreso, las inversiones, la economía y otros indicadores basados en *métricas ad hoc* si bien, eran poco alentadoras,<sup>4</sup> al transcurrir los primeros meses de pandemia, éstas se precipitaron aún más<sup>5</sup>.

Aunado a lo anterior y en medio de esta crisis de COVID 19, la lucha entre las grandes potencias, especialmente por sus intereses en la arena de la geopolítica, continúa como una dinámica propia de la naturaleza del sistema mundial. Mientras se garantiza la disponibilidad inmediata de vacunas en países ricos y poderosos hay naciones en las que esta es una visión distante<sup>6</sup>. Con ello se asoma el nuevo rostro que caracterizará al planeta en este decenio de 2020. Este es, un mundo con un nuevo componente de desigualdad, que se caracteriza por lo fácil o imposible en el acceso a vacunas anticovid y recursos sanitarios.

En este decenio emergen nuevos protocolos y procesos que llevaremos todos<sup>7</sup>. Desde algo básico como el uso de cubrebocas, el lavado constante de manos y prácticas sanitarias para todos los ciudadanos, también hemos acelerado la digitalización en las diferentes esferas de las actividades sociales, la política y la economía. Así, éstas y otras dinámicas estarán presentes en los próximos años y serán parte de nuestra cotidianeidad.

Hay que aceptar que la COVID 19 obligó a confinarnos, a pensar muchas cosas dos o tres veces como evitar reuniones, viajar, disminuir el contacto físico, etc. Desgraciadamente este virus llegó para quedarse y empezó a desvanecer en su intangible, pero mortal propagación, muchas

de las expectativas que teníamos en mente en lo individual y en la visión de los diferentes líderes políticos en sus respectivos gobiernos. También impactó en las iniciativas de personas clave en los organismos internacionales, así como los dirigentes de industrias, empresas y organizaciones sociales. Quizás, por centrar nuestras prioridades sobre cuestiones del poder y la economía descuidamos la seguridad humana y sanitaria. Este virus nos trajo hasta esta nueva crisis global, acompañada de una nueva desigualdad. Así partimos de Wuhan hasta Nueva Delhi y llegamos hasta aquí.

## II. La crisis de la COVID 19 y su impacto global

Desigualdad se define como la “*circunstancia de no tener una naturaleza, cantidad, calidad o valor que otro.*”<sup>8</sup> De acuerdo con el concepto y su constatación con la realidad, una persona contagiada de covid en los EUA, Francia, Rusia, no tuvo la experiencia de atención y apoyo de países como Uganda, Jamaica y El Salvador. En todos los casos, hay una brecha de recursos, capacidad en infraestructura y personal disponible.

Con la crisis de la covid 19, el mundo entero fue puesto a prueba. Cada país, gobierno, sociedad y persona se enfrentan a su modo en esta guerra global contra un enemigo microscópico, invisible al ojo del ser humano, pero con una capacidad mortal de gran alcance y con un poder para detener la economía global. Es un nuevo enemigo que ha tenido la fuerza para neutralizar gobiernos y poner a prueba sus servicios médicos, la infraestructura hospitalaria y las medidas de contención, incluso poniendo en jaque a los servicios del sector privado en el área de la salud<sup>9</sup>.

La COVID 19 irrumpió también en la agenda de los regímenes políticos del mundo, al grado de que puso en duda la credibilidad y capacidades de gestión de los diferentes líderes internacionales y de paso dañó la reputación de los ministros y encargados de la agenda de salud.

Por otro lado, y en el espectro de esta crisis el sector financiero también reflejó diferentes complicaciones. Las bolsas de valores en Nueva York, Frankfurt, París, Tokio, Hong Kong, Londres y otras más mostraron en su momento, el desplome de las acciones que ahí se mueven. A la par de sus efectos, la volatilidad de divisas requirió de una mayor intervención de los bancos centrales en todo el mundo para estabilizar la situación financiera. Por si fuera poco, también llevó a una contrastante y elevada demanda de productos farmacéuticos para enfrentar la situación<sup>10</sup>. Esto

<sup>8</sup> Definición de Oxford Languages. Extraído de <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=DESIGUALDAD> el 29 de mayo de 2021.

<sup>9</sup> Ver Perseo. Número 87. Mayo de 2020. Programa Universitario de Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/reflexiones-sobre-derechos-humanos-2/>

<sup>10</sup> A manera representativa, la demanda de productos farmacéuticos creció, según el país y según las circunstancias durante la pandemia. En el caso de México, se registró un crecimiento estimado en el 30%, de acuerdo con Becerra Orozco, Juvenal, Presidente de la Unión Nacional de Empresarios de Farmacias (UNEFARM). Aumenta la demanda de medicamentos contra covid 19. Forbes México. 30 de noviembre de 2020. Extraído el 8 de junio de 2021 de <https://www.forbes.com.mx/noticias-demanda-de-medicamentos-contra-covid-19-aumenta-30-en-mexico/>

<sup>4</sup> Como una referencia sobre las expectativas esperadas para 2019, en términos de la prosperidad global sustentadas en el PIB en el mundo, las estimaciones del Fondo Monetario Internacional proyectaban un crecimiento de este indicador en el orden del 3%. Es importante destacar que dicha estimación de crecimiento era la más baja desde 2009. Al respecto puede verse FMI (2019). Informes de Perspectivas de la Economía Mundial. Octubre de 2019. Informe y resumen ejecutivo. Pág. 8. Disponible en <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/10/01/world-economic-outlook-october-2019>

<sup>5</sup> Para 2020, se estimó que el PIB mundial caería en promedio un 3.5%. FMI (2020). Perspectivas Económicas Mundiales. Octubre de 2020. Disponible en <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/10/01/world-economic-outlook-october-2020>

<sup>6</sup> Un dato llamativo sobre esta circunstancia es que “cerca del 90% de los habitantes de casi 70 países de bajos ingresos tendrán pocas posibilidades de vacunarse contra covid 19 en 2021...” Al respecto, revisar la información disponible en Lioma, Liman. La distribución desigual de vacunas entre países ricos y pobres significará que el virus seguirá propagándose y mutando, publicado en BBC News Mundo. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55911364>. Cabe agregar que en esta nota se menciona un dato curioso, esto es “Canadá ya ha comprado suficientes dosis para vacunar 5 veces a su población”, lo cual se abre al análisis y la reflexión.

<sup>7</sup> Al respecto, importante mencionar la emergencia de protocolos de cuidado y prevención a nivel mundial. El promedio de acciones emprendidas en este caso se orienta a lavado frecuente de manos, uso de cubrebocas, guardar distancia, limpiar superficies, no contacto directo entre personas y otras medidas importantes. Para tener una idea del alcance global de ello, compartimos uno de ellos protocolos representativos, en este caso, lo que ha estado al alcance en España. Ver Centros para el control y prevención de enfermedades. Guía para Empresas y Empleadores en su respuesta a la enfermedad del coronavirus 2019. Disponible en <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/community/guidance-business-response.html>

se combinó con otras dinámicas como el cierre de fronteras en naciones como Italia, Alemania, Francia, España y otros países europeos.

El comercio, el transporte y turismo internacional se sujetaron prontamente a estas dinámicas. A ello se sumó la producción industrial y se creó un entorno de desconfianza que llevó a la progresiva clausura de servicios en las compañías de aviación. La situación crítica se extendió con el cierre de los puertos marítimos y los controles sanitarios en el comercio global. De paso y en las incontables historias de esta experiencia, se fortalecieron las medidas de supervisión sanitaria en los cruceros en los diversos mares del mundo. Cada buque fue rechazado o aceptado con reservas por las autoridades portuarias según el caso.

En este mar de vivencias, la crisis trajo el confinamiento de personas en ciudades enteras. En muchos casos obligó a cerrarlas, a colocar cercos sanitarios entre unas y otras. Desde luego, también tomó forma como amenaza de altas proporciones para la vida humana y también para los sistemas políticos y sus dirigentes que fueron víctimas de su contagio.

Al paso de los días, la cotidianidad en la que nos desenvolvemos empezó a tener un nuevo rostro. Aparecieron los saldos de esta pandemia. Surgió una métrica de la mortandad y de contagios. Nueva York, Los Ángeles, Bogotá, Santiago de Chile, Madrid, París, Beijing, Tokio, Roma eran noticia por temas de este tipo.

La presentación de datos e informes funestos colmó los noticieros, periódicos, estaciones de radio, las redes sociales y demás medios de comunicación. Se creó una imagen de horror con alcance planetario. Todos los días, a todas horas, empezaron a conocerse reportes sobre personas infectadas y de decesos en cantidades crecientes.

Con ello, la Organización Mundial de la Salud (OMS) reportó a fines del mes de mayo de 2021 que los contagios por coronavirus en el mundo se contabilizaron por arriba de 169 millones de personas y más de 3.5 millones de decesos<sup>11</sup>.

Al paso de los días y semanas se inició en los diferentes países una confrontación sobre el manejo y control efectivo de la crisis. Los sistemas de salud, en varios casos, fueron rebasados por la realidad apocalíptica. En algunos países americanos como Ecuador, Brasil y Perú se mostraron las dificultades para la gestión de emergencias. En contraste, Surinam, Nicaragua y San Cristóbal y Nevis, los registros de casos detectados de covid 19 y decesos no han sido numerosos.

En la política mundial, las acusaciones persistentes del entonces presidente Donald Trump hacia el gobierno de China por *no actuar a tiempo* y de que Beijing *era el responsable de todo esto y otras calamidades* ha sido objeto de continuidad por parte del actual mandatario Joe Biden, quien ha pedido una investigación profunda sobre el origen del virus refiriéndose a China<sup>12</sup>.

En añadidura a estas confrontaciones, con la caída de la economía global y el ascendente número de contagios y decesos por doquier, quedó demostrado que frente a un problema que

afecta a todos, más allá de construir un liderazgo mundial homogéneo y bien dirigido, se empezó a crear un escenario de ganadores y perdedores.

A manera ilustrativa, se inició una carrera internacional por disponer de una vacuna para mitigar el virus. Laboratorios farmacéuticos en Europa, Asia y Norteamérica aceleraron sus investigaciones. En forma directa, el gobierno de los EUA apostó a invertir en aquel que dispusiera antes que nadie del remedio para destinarla a la gente de ese país. En contraparte, los gobiernos de Europa sugirieron que una vez que estuviese lista una vacuna, se pondría para su uso en todo el mundo. China igualmente siguió por su cuenta con un plan de mitigación acelerada compartiendo abiertamente sus recursos. Sin embargo, el resto de los gobiernos han hecho lo que está a su alcance y algunos otros, busca oportunidades para obtener vacunas.

### III. Hacia un nuevo escenario mundial de desigualdad

¿Desconfinamiento, ya? No del todo. No en Japón, no en Malasia, no en India. No en muchos lugares. Aún es muy pronto. En este momento, mediados de 2021, los Estados Unidos se encuentran entre los principales países afectados por el COVID 19. La administración Biden se acelera en la posibilidad de lograr una cobertura significativa en vacunación. Al cierre de mayo de 2021, el país ha logrado vacunar arriba de 200 millones de personas<sup>13</sup>. ¿Éxito? Si se ve así, mucho ha tenido que ver la gestión gubernamental y la capacidad de cobertura con numerosos recursos.

Al voltear hacia Europa, las condiciones también son peculiares. Mientras Alemania, España, Italia y Holanda convergen en mantener el confinamiento de sus ciudadanos y restricciones al movimiento de personas, sugieren también la disposición de un paquete económico que, según el Banco Central Europeo, servirá en 2021 para apoyar a los países de la zona con un monto de 918 millones de euros para compañías y grupos vulnerables<sup>14</sup>. Por otra parte, los gobiernos de Grecia y Portugal consideran ya la reanudación escalonada de actividades. La falta de acuerdos colectivos y de consenso ponen en riesgo los fundamentos de la Unión Europea.

En el caso del oriente lejano, China parece haber superado la crisis y la ciudad de Wuhan, foco originario de esta situación, parece estar ya en la normalidad. Destaca en ello la velocidad de construcción y disposición de infraestructura y recursos para superar esta adversidad. Con ello, el gobierno de Beijing *muestra músculo* y da señales de ofrecer ayuda al resto del mundo.

<sup>13</sup> Se estimó que, hacia mediados de abril de 2021, los Estados Unidos habrían logrado aplicar 200 millones de dosis, considerando el mismo número de personas beneficiarias de este proceso. Ver El Financiero, 16 de abril de 2021. Estados Unidos llega a los 200 millones de dosis de vacuna COVID aplicadas. Extraído el 4 de mayo de 2021 de <https://www.efinanciero.com.mx/mundo/2021/04/16/estados-unidos-llega-a-las-200-millones-de-dosis-de-vacuna-covid-aplicadas/>

<sup>14</sup> A pesar de lo valioso que puede ser este conjunto de recursos se debate sobre la suficiencia o no de ello. Al respecto puede verse el suplemento Cinco Días, El País. 17 de marzo de 2021: El BCE advierte que el paquete de estímulos de la UE puede resultar insuficiente. Extraído el 26 de marzo de 2021 de [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/03/17/mercados/1615990726\\_062883.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/03/17/mercados/1615990726_062883.html)

<sup>11</sup> WHO. Coronavirus disease 2020 report. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/331114?locale-attribute=es&>

<sup>12</sup> Estados Unidos vs China: 5 frentes de disputa entre Washington y Pekín en medio de la pandemia. BBC News Mundo. 29 de mayo de 2020. Extraído el 30 de mayo de 2021 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52815758>

En los próximos meses, ésta y otras circunstancias podrían abrir una ventana a la cooperación multilateral. Su principal pilar estará sustentado en la seguridad sanitaria, la cual dependerá del liderazgo de los gobiernos para acercarse entre sí y también de la diplomacia internacional.

La necesidad de recuperar la economía se convierte en la prioridad subsecuente. El confinamiento prolongado, así como la interrupción de actividades productivas media con la problemática de pandemia y pone en un dilema a los líderes empresariales, sociales y políticos, pues de pasar unas semanas más en contención y distanciamiento social, la posibilidad de colapso económico podría venir por lo que es prudente considerar el regreso a la normalidad. Se tiene conciencia de que es pertinente retomar el paso, pero también está claro de que ello implicará un costo. El riesgo que corre en esta escena es que debemos prepararnos para empezar *una nueva realidad* que dependerá de varios factores de seguridad sanitaria para lograr el éxito.

#### IV.-Lo que viene

Frente a todos estos contrastes, se prepara en todo el mundo, el escenario de la *nueva normalidad*. Es una especie de regreso, con proximidad, al entorno que existía antes. Cada país lo hará a su propio ritmo. La directriz más apropiada para estabilizar la situación en este momento es actuar localmente y pensar globalmente.

Ya se ha hecho una estimación de los daños y afectaciones que tendrá el mundo postcovid-19. La firma Deloitte en su estudio "*El impacto económico del covid-19*"<sup>15</sup> destaca tres vertientes significativas en la esfera económica internacional y se menciona: A.-El impacto directo a la producción, B.-La interrupción en las cadenas de suministro y C.-Las repercusiones que ello trae en las empresas y mercados financieros. La recuperación en estos ámbitos requerirá de soluciones innovadoras y altamente creativas donde la higiene y los filtros sanitarios serán elementos fundamentales para la reanudación de actividades productivas. Con toda seguridad esto impactará en el sector financiero y los mercados y permitirá recuperar la confianza en ellos. Asimismo, los gobiernos determinarán cuáles serán las actividades esenciales que deberán tomar su paso para reconstituir las cadenas de suministro global.

Al mes de marzo, el Banco Asiático de Desarrollo proyectaba pérdidas, tan sólo considerando el sector del turismo mundial, cuantificadas en 347 mil millones de dólares<sup>16</sup>. Para vigorizar los flujos de comercio, fortalecer las capacidades económicas, seguir atrayendo inversiones, coadyuvar a la estabilización de divisas, recuperar el empleo y sobre todo crear mejoras de salud en el mundo, este y otros organismos, además de personas con cargos relevantes en los gobiernos, asumen que

los días que vienen y las decisiones que tomen los gobiernos, además de la voluntad y conducta de los ciudadanos, serán cruciales.

El ambiente inmediatamente posterior a la parte más fuerte del Covid 19 permitirá hacer un recuento de los daños y enfocar los esfuerzos de recuperación internacional. Aunque el FMI ha estimado que el PIB del planeta se contrajo en 3% durante 2020, creó junto con el Banco Mundial una canasta de recursos por 210 mil millones de dólares para los próximos 15 meses<sup>17</sup>, los cuales podrán canalizarse para diferentes prioridades.

A pesar de ello, el panorama aún tiene tintes de contraste. Frente a nuevos y grandes planes internacionales está latente el temor por una nueva oleada de contagios que podrían venir. Desde Seúl y Madrid las experiencias que se comparten sobre el retorno a las actividades aún plantean reservas sobre si entre junio y julio debe todo el mundo retomar su ritmo. Seguramente se procurará tener el mayor de los cuidados.

Para concluir, encontrar la salida total de esta pandemia se depende de un nuevo pacto social en donde ciudadanos, autoridades y empresarios coadyuemos integral y coordinadamente a la superación de la crisis. Por ello, será imperativo continuar con el rigor de recomendaciones persistentes como la distancia social, y la higiene estricta.

Superar esta crisis y sus secuelas, desde Ottawa hasta Santiago de Chile y de Washington hasta Tokio, dependerá mayormente de nuestra disciplina y cultura de cuidado que mostremos en las próximas semanas y meses. Al cierre de este artículo está en curso la reunión del G7 en Inglaterra. Uno de los temas en tratamiento es la superación de la crisis de covid 19 mediante lo que se ha hecho necesario, es decir una posible coordinación y liderazgo multilateral.

Una vez que se considere superado todo esto ¿regresarán esas dinámicas y procesos de un mundo convulsionado y con grandes conflictos? Mientras tanto, vamos hacia un nuevo orden global, el del mundo desigual que emergerá con posteridad a la crisis de la COVID 19.

<sup>15</sup> Estudio disponible en <https://www2.deloitte.com/ec/es/pages/strategy/articles/el-impacto-economico-de-covid-19--nuevo-coronavirus-.html>

<sup>16</sup> La República. 7 de marzo de 2020. Coronavirus puede generar pérdidas de hasta el 0.4 del PIB mundial según el Banco Asiático de Desarrollo. Extraído el 2 de abril de 2021 de <https://larepublica.pe/economia/2020/03/07/coronavirus-costaromas-de-300-mil-millones-de-dolares-a-la-economia-mundial-segun-banco-asiatico-de-desarrollo/>

<sup>17</sup> Paredes, Norberto. Coronavirus. El País. BBC News 14 de abril de 2020. Con cuánto dinero cuentan el FMI y el Banco Mundial. Extraído el 12 de mayo de 2021 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52243659>

### Fuentes:

Becerra Orozco, Juvenal, Presidente de la Unión Nacional de Empresarios de Farmacias (UNEFARM). Aumenta la demanda de medicamentos contra covid 19. Forbes México. 30 de noviembre de 2020. Extraído el 8 de junio de 2021 de <https://www.forbes.com.mx/noticias-demanda-de-medicamentos-contra-covid-19-aumenta-30-en-mexico/>

Centros para el control y prevención de enfermedades. Guía para Empresas y Empleadores en su respuesta a la enfermedad del coronavirus 2019. Disponible en <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/community/guidance-business-response.html>

Cinco Días, El País. 17 de marzo de 2021: El BCE advierte que el paquete de estímulos de la UE puede resultar insuficiente. Extraído el 26 de marzo de 2021 de [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/03/17/mercados/1615990726\\_062883.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/03/17/mercados/1615990726_062883.html)

DelaCal, Lucas. El virus convierte a India en un país de funeraria. El Mundo. 31 de abril de 2021. Extraído de <https://www.elmundo.es/internacional/2021/04/27/6086e3ecfc6c83651b8b461c.html> el 18 de mayo de 2021.

Deloitte (2020). El impacto económico del covid-19. Estudio Prospectivo. Disponible en <https://www2.deloitte.com/ec/es/pages/strategy/articles/el-impacto-economico-de-covid-19-nuevo-coronavirus-.html>

Estados Unidos vs China: 5 frentes de disputa entre Washington y Pekín en medio de la pandemia. BBC News Mundo. 29 de mayo de 2020. Extraído el 30 de mayo de 2021 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52815758>

El Financiero, 16 de abril de 2021. Estados Unidos llega a los 200 millones de dosis de vacuna COVID aplicadas. Extraído el 4 de mayo de 2021 de <https://www.elfinanciero.com.mx/mundo/2021/04/16/estados-unidos-llega-a-las-200-millones-de-dosis-de-vacuna-covid-aplicadas/>

FMI (2019). Informes de Perspectivas de la Economía Mundial. Octubre de 2019. Informe y resumen ejecutivo. Pág. 8. Disponible en <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/10/01/world-economic-outlook-october-2019>

FMI (2020). Perspectivas Económicas Mundiales. Octubre de 2020. Disponible en <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/10/01/world-economic-outlook-october-2020>

La República. 7 de marzo de 2020. Coronavirus puede generar pérdidas de hasta el 0.4 del PIB mundial según el Banco Asiático de Desarrollo. Extraído el 2 de abril de 2021 de <https://larepublica.pe/economia/2020/03/07/coronavirus-costara-mas-de-300-mil-millones-de-dolares-a-la-economia-mundial-segun-banco-asiatico-de-desarrollo/>

Hernández, Javier C. ¿Cómo se originó la pandemia? The New York Times. 30 de marzo de 2021. Extraído de <https://www.nytimes.com/es/2021/03/30/espanol/china-origen-coronavirus-OMS.html> el 6 de junio de 2021.

Lioma, Liman. La distribución desigual de vacunas entre países ricos y pobres significará que el virus seguirá propagándose y mutando, publicado en BBC News Mundo. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55911364>

Malacalza, Bernabé. ¿Por qué es urgente la cooperación internacional? El País. 30 de marzo de 2020. Extraído de [https://elpais.com/elpais/2020/03/26/planeta-futuro/1585233372\\_697773.html](https://elpais.com/elpais/2020/03/26/planeta-futuro/1585233372_697773.html) el 17 de mayo de 2021.

Mapa del coronavirus en el mundo: Casos, muertes y los últimos datos de su evolución. Disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20210609/mapa-mundial-del-coronavirus/1998143.shtml>

OMS (2006). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. OMS. Nueva York.

Paredes, Norberto. Coronavirus. El País. BBC News 14 de abril de 2020. Con cuánto dinero cuentan el FMI y el Banco Mundial. Extraído el 12 de mayo de 2021 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52243659>

Perseo. Número 87. Mayo de 2020. Programa Universitario de Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/reflexiones-sobre-derechos-humanos-2/>

Vargas, Paola Andrea. Los avances de Moderna, Pfizer y Séneca en el camino de la vacuna contra el covid-19. La República. 30 de julio de 2020. Extraído el 11 de mayo de 2021 de [https://www.larepublica.co/globoeconomia/los-avances-de-moderna-pfizer-y-astrazeneca-en-el-camino-de-la-vacuna-contra-el-covid-19-3038065?utm\\_source=newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=trendsnewsletter](https://www.larepublica.co/globoeconomia/los-avances-de-moderna-pfizer-y-astrazeneca-en-el-camino-de-la-vacuna-contra-el-covid-19-3038065?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=trendsnewsletter)

## PRESENTE Y FUTURO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN IBEROAMÉRICA<sup>1</sup>

### Autores

Alejandro Pérez Hualde<sup>2</sup>

### 1. El presente

Es ya un lugar común afirmar que la pandemia que nos azota ha puesto al descubierto nuestras mejores virtudes y nuestros peores defectos. Suele ser frecuente en situaciones límite donde nos mostramos tal cual somos, en lo individual y en lo social; como personas y como comunidad.

La pandemia denominada “COVID-19” nos ha exhibido tal cual somos y, tal como lo sospechábamos, dejamos mucho que desear en la respuesta de conjunto pero mostramos extraordinarios ejemplos individuales y grupales de sacrificio, entrega y generosidad.

Mientras algunos hacen sus negocios de ocasión, oportunistas, en algunos casos lamentables, otros -como era de esperar- aprovechan el miedo, la urgencia y la desesperación para explotar su corrupción y llevar adelante sus negociados siempre delictivos pero hoy trágicos en el contexto.

Como señala Rodríguez-Arana Muñoz, el derecho Administrativo *“no ha sido capaz de cumplir con la función que le corresponde de ser el Derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, la de ser un Derecho comprometido con la dignidad del ser humano. Más bien, la situación de desigualdad reinante, la indignidad que campea a nivel planetario, ponen de relieve que nuestra disciplina ha fracasado pues, en términos generales, no ha sido capaz de alumbrar técnicas jurídicas adecuadas e idóneas para una efectiva protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales, de la persona”*<sup>3</sup>.

Si a esta reflexión sumamos la comprobación de que la pandemia ha trastocado los puntos de referencia de una administración vieja y con procedimientos antiguos y perimidos, el panorama presente es aún más preocupante.

Debemos dejar de lado de nuestra crítica a los sectores vinculados a la tarea de atender la salud pública y privada de nuestros países de la región; se encontraron con una gravísima situación y si contar con precedentes útiles para orientarse, ni precisiones clara para guiarse en su accionar, ni vacunas ni remedios ni paliativos para enfrentarla, no tuvieron más remedio que hacerse cargo de la pandemia que golpeó a sus puertas y les exigió un esfuerzo desproporcionado

y súbito que rompió todas las previsiones y sus propios proyectos personales y profesionales. No obstante, tampoco para ellos estuvo a disposición una administración de salud ordenada y eficiente; reinó la imprevisión y se enfrentó con la improvisación que en muchos casos salió bien gracias -fundamentalmente- a esfuerzos personales o de grupos de funcionarios públicos muy cohesionados.

Pero la catástrofe nos encontró todavía discutiendo acerca del rol más o menos activo de la Administración Pública en sus intromisiones -para algunos- sobre los mercados y sus comportamientos. En estos momentos no cabe duda de la necesidad de la presencia eficiente y transparente del accionar estatal sobre los comportamientos no sólo económicos sino también sanitarios y sociales y hasta educativos y culturales para hacer frente a la pandemia. Por ello la figura del *“funcionario público”* que hoy hemos colocado bajo el foco de nuestro abordaje académico, ha crecido en forma notable y se ha convertido en protagonista excluyente de la gesta global que estamos empeñados en superar.

Los tiempos de encierro y aislamiento que caracterizaron las respuestas de nuestra dirigencia política desorientada, provocaron un singular fortalecimiento de la actividad de las redes y de los servicios que a través de ellas transitan. Se sumaron también las actividades académicas y hasta escolares en muchos casos; también las públicas, las bancarias y los trámites sólo realizables por su intermedio. Como se ha dicho, saldremos de la crisis con problemas muy graves pero también con actitudes que pueden ser muy distintas en materia de sensibilidad social y de empatía con nuestros hermanos más vulnerables que clamarán por ayuda.

Además de prestar distintos servicios, como el de comunicaciones, venta de libros, de música, de comida a domicilio, de transportes de personas y cosas, también moneda, la profusión de la actividad de redes ha provocado las más diversas reacciones. Desde el discurso político se habla de la “uberización” de la economía; por ello efectuaremos algunas reflexiones en ese marco que aparece como una realidad innegable, mundial y que nos ha alcanzado y se ha consolidado para quedarse exigiendo un cambio profundo y cualitativo de nuestros funcionarios públicos, de su preparación y de sus metas de trabajo<sup>4</sup>.

En la República Argentina, mi provincia de Mendoza ha sido pionera en la incorporación de legislación y jurisprudencia en materia de servicios a través de redes informáticas<sup>5</sup>. Tal vez por ello se la pueda considerar la más avanzada en el tema; pero no es así; el intento ha resultado ineficaz porque los servicios no se prestan, al menos, en condiciones normales y ágiles como en muchos lugares del mundo.

Las aplicaciones de “UBER”, “AIRBNB”, “CABIFY”, “AMAZON”, “SPOTIFY”, “MERCADO LIBRE”, “DESPEGAR”, etc. son las empresas prestadoras de servicios de este tiempo; autos, comidas,

<sup>1</sup> Ponencia presentada ante el Congreso Internacional de Derecho Administrativo a realizarse en Montevideo, Uruguay en octubre de 2021.

<sup>2</sup> Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, y otros, Introducción, en El Derecho Administrativo ante el COVID-19. El Derecho Administrativo ante el COVID—19, IJ Editores, Fecha: 21-06-2021, Cita: IJ-MXI-273.

<sup>4</sup> Ensayo actualizado a estos tiempo y elaborado sobre la base de la conferencia dictada el 29 de agosto de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Rosario en la ciudad de Rosario con motivo del aniversario de Juan B. Alberdi.

<sup>5</sup> Nos referimos a la Ley 9086 de agosto de 2018 y a un fallo Suprema Corte de Mendoza rechazó un planteo de la Asociación de Propietarios de Taxi el 23/10/2018, IJ-DXLI-244.

pensiones, hoteles, música, servicios domiciliarios, etc. A ellas se pueden agregar las plataformas de comunicaciones y de reunión, “Zoom”, “Meet”, “Teams”, etc. a través de las cuales transitan las actividades docentes y académicas del mundo de hoy bajo pandemia.

Todas ellas son fruto directo de desarrollo sorprendente y súbito de las TIC (tecnologías de la información y comunicación); Grover Dorado<sup>6</sup> afirma que según la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU) se estima que a fines de 2017 existían 4220 millones de suscripciones activas a Internet desde teléfonos móviles, la información, el conocimiento, destino de las más grandes inversiones en el mundo. Mientras tanto, se comprueba que sólo en Argentina en el año 2019 han disminuido en un 13% el total de líneas de teléfonos fijos domiciliarios.

Estamos frente a los nuevos “activos informáticos” que han revolucionado el sistema cultural, por ello el político, también el económico de nuestro mundo y consecuentemente espera la respuesta desde el mundo jurídico. En especial, pareciera urgente la presencia de algún grado de regulación pública que oriente las actividades de tal modo de no producir una brecha abismal e irrecuperable entre quienes tienen acceso a ese mundo tecnológico y quienes no la tienen. Y para ellos será necesario contar con otro funcionario público encarnando el accionar de la Administración.

Su crecimiento es exponencial; todos los años crece más de lo que creció en toda la historia; “En 2004, Fernando Henrique Cardoso dijo en Madrid que el planeta está dividido en dos: por un lado los ciudadanos con demandas locales y por el otro una red internacional integrada por más del 80% del PBI del globo que modela el intercambio económico según sus propias reglas”<sup>7</sup>.

Se ha convertido súbitamente en el ámbito concreto donde se desarrolla la nueva riqueza de los empresarios -hoy estrellas de crecimiento explosivo-, de los pueblos y del mundo; es la riqueza que nos desafía a lograrla con eficiencia y también con equidad. Porque también es hoy evidente el incremento de la exclusión social y cultural; la imposibilidad de acceso de multitudes a la información, a la educación a la cultura, etc... por no hablar de las vacunas.

Pero ese ámbito se caracteriza por su completa globalización y por el reinado de las leyes de mercado sin normas, pues las que lo son, obviamente, sólo son reglas económicas... el mercado no produce preceptos sobre otros valores que no sean los económicos. Por ello esperamos la irrupción de las reglas jurídicas de buen derecho, necesariamente también globalizadas, que activen los

valores humanos impensables que nuestro mundo requiere. Será el desafío a enfrentar por nuestras administraciones públicas que deberán estar a la altura de ese reto.

Hoy más que nunca son válidas las palabras de Pedro J. Frías<sup>8</sup> quien nos alertaba que “*hemos distribuido sin crecer, tampoco debemos crecer sin distribuir*”... “*no es cuestión de ser primero ricos, para después ser justos*”... “*la solidaridad nunca está después del desarrollo, está en su ser mismo*”... “*la riqueza no es tanto lo acumulado sino lo que se está por crear*”.

## 2. El porvenir

Distinguimos “futuro” de “porvenir”; el primero viene seguro, bueno o malo, inevitable; el segundo se construye, se planifica, se consensua, se acuerda, se elabora. Se establece como rumbo y como destino, aun cuando fuera impreciso y sujeto a múltiples cambios y avatares. De algún modo es saber a dónde vamos; porque nadie está más lejos de llegar que aquél que no sabe a donde va, o -en palabras de Séneca- “*no hay viento favorable para el que no sabe a dónde va*”, el porvenir se contruye, es tarea común de un pueblo y de sus organizaciones públicas y sociales, y también privadas. En este espacio es donde se mueve nuestro funcionario público.

Apuntamos al funcionario público que se desempeña en un nuevo espacio de políticas de Estado de composición y regulación de los derechos fundamentales; en un ámbito participativo como el propuesto, que para nosotros los argentinos es vinculante por la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública<sup>9</sup> que hemos suscripto.

No se trata de sumar más derechos o de inventarlos; debemos superar aquel exceso de reconocimiento de derechos que todavía no sabemos cómo satisfacer... y que hemos relegado al rol de cláusulas “programáticas” carentes de operatividad; sin sujeto pasible de reclamo por su omisión y carencia.

Pende todavía la definición de las “justas exigencias del bien común” del art. 32.2 de la Convención Americana de DDHH, cuya distribución no necesariamente debe ser entre organismos estatales; la justicia social, que es pública, no debe ser necesariamente “estatizada”. Impone a los funcionarios públicos una tarea inédita que exige mucha formación y también gran imaginación para incorporar en el compromiso también a los sectores de la sociedad civil, de las organizaciones sociales, públicas no estatales, y a los intereses sectoriales que también necesitan de un contexto cultural y normativo que brinde marco de contención humana a sus tareas específicas.

El mundo de negocios globalizados que es necesario y que estamos tratando de regular y de someter a la juridicidad y al control público, transita por cauces pensados e inventados – precisamente- para evitar controles. Tiene su origen en su carácter de arma defensiva creada para

<sup>6</sup> GROVER DORADO (h), John, Nuevos modelos de negocios en internet: regulación jurídica de servicios prestados a través de aplicaciones móviles. El caso “Uber”, en Sistema Argentino de Información Jurídica, ID Saij: Dacf180094; ver <http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-nuevos-modelos-negocios-internet-regulacion-juridica-servicios-prestados-traves-aplicaciones-moviles-caso-uber-dacf180094-2018-05-23/123456789-0abc-defg4900-81fcanirtcod?&o=1&f=Total%7CFecha/2018/05%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B%2C1%5D%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=7> y también en revista El Derecho, 13 de junio de 2018, Universitas, Buenos Aires, p. 1.

<sup>7</sup> DURÁN BARBA, Jaime, en [www.perfil.com/noticias/columnistas/el-dialogo-es-la-unica-salida.phtml](http://www.perfil.com/noticias/columnistas/el-dialogo-es-la-unica-salida.phtml)

<sup>8</sup> FRÍAS, Pedro José, Cuestiones del poder, “Colección en defensa de la constitución”, Virtudes editorial Universitaria, Salta, 2005, p. 22.

<sup>9</sup> XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009; la carta fue suscripta por nuestro país obligándose a ella.

la hipótesis en que una potencia lograra concentrar el manejo de la red de información universal; fue un éxito de prevención bélica que ahora nadie controla realmente; aunque tal vez –en algunos casos y todavía– se lo haya logrado en alguno de sus soportes físicos; sólo por ahora.

El gobierno del Estado soberano, por sí solo, sea que fuere el nuestro o el de la más grande de las potencias del mundo, no está en condiciones de regularlo con precisión; véase como ejemplo la audiencia de Mark Zuckerberg ante la Comisión de Servicios Financieros del Senado de los Estados Unidos de Norteamérica del 23/10/2019<sup>10</sup>. Puede comprobarse también la demostración efectiva del nivel de poder de las empresas de comunicaciones que sancionaron y dejaron sin servicio en forma voluntaria al Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, en los últimos quince días de su mandato en enero de 2020.

Tampoco es de esperar una auto regulación de mercados sin una instancia externa que los empuje a ello<sup>11</sup> pues cabe recordar que *“el mercado satisface demandas, no necesidades”*<sup>12</sup>. No debemos olvidar que el mercado sin reglas es la ley de la selva, como afirma con acierto Peter Häberle. Que debe ser *“sometido a reglas, que se desenvuelve en el marco del ordenamiento constitucional en tanto y en cuanto constituye un espacio cultural y humano; porque el mercado es una noción ligada a la de estado y porque su existencia no puede realizarse fuera del área protegida de la ley”*<sup>13</sup>.

El nuevo funcionario, que pretende hacer efectivas las regulaciones que le toca elaborar, implementar e imponer, no debe olvidar la ley universal: *“si el mercado ha devenido hoy en un valor constitucional, se debe tener presente que mercado no significa ‘mercado nacional’, sino –más bien– ‘mercado europeo interno’ y, progresivamente, ‘mercado mundial’*<sup>14</sup>. La dimensión globalizada debe estar presente en todo su accionar y su regulación debe responder a los criterios más modernos de ella que son la expresión de composición y prevención de conflictos, coordinación de intereses, participación activa de los interesados, etc...

Hoy se han globalizado muchos sectores clave de nuestra vida: la educación, la economía, los procesos de fabricación e industrias a través de *“cadenas de valor”*, las finanzas, y también los delitos: trata, tráfico de armas, de drogas, blanqueo de capitales, etc.

No hemos sabido, hasta ahora, construir una respuesta jurídica global, salvo en algunos fenómenos aislados como la pornografía infantil, los delitos de lesa humanidad, y aun así, no se ha llegado a todos los rincones; no hemos construido todavía los instrumentos que el nuevo funcionario necesita tener a su alcance para elaborar la respuesta jurídicamente guiada hacia las conductas hoy desenfrenadas.

Todavía estamos necesitados de la construcción de las bases y los valores, ese *“mínimo común denominador axiológico”* del que nos hablaba Germán Bidart Campos y que pueden permitir fundar una cultura global que haga posible elaborar los consensos políticos necesarios para lograr esas normas que tengan vigencia en calidad de respuesta jurídica global.

Como ya adelantara Alberto Antonio Spota en la década del '90, la globalización es un hecho, no se discute, no es opinable; y afirmaba: *“la globalización en cierta forma, pero siempre con gran importancia y trascendencia, arremete y en los hechos desintegra la concentración de poder que significan tanto los estados naciones como las propias comunidades económicas o políticas”... por ello, seguía, “lo característico será la negativa con mayor o menor éxito de las franjas de poder globalizadas a sujetarse al plexo legislativo de estado naciones o de comunidades económicas. Allí radicará y ya radica el centro o lugar de colisión”*<sup>15</sup>.

Hasta hoy nuestros intentos de control frente a los fenómenos globalizados son improntas inútiles de pretensiones vanas de sometimiento a viejos regímenes regulatorios que ya fracasaron en la previsión del fenómeno y que son impotentes ante las primeras manifestaciones palpables de la nueva realidad. Frente a los soldados entrenados y preparados para el siglo XXI enviamos a nuestros funcionarios con sus arcos y flechas exigiéndoles además un resultado exitoso.

Pretendemos responder con reglamentaciones meramente nacionales, provinciales y hasta municipales, a un fenómeno mundial; sistemas y estructuras vetustas que ya no sirven ni siquiera para el cometido que les hemos establecido hoy, ilusoriamente creemos que pueden constituirse en solución de lo que viene nuevo y desconocido. Tenemos la obligación de formar adecuadamente a nuestros funcionarios.

La tecnología sustituyó los parámetros de trabajo desde la base. Hoy nos instruye desde otros métodos participativos, como los colaborativos, y desde otros horizontes ya globalizados y en progresivo avance en ese rumbo inexorable porque ha tomado conciencia de su papel estratégico decisivo en el mundo próximo y que sólo será *“porvenir”* si abordamos su proceso de crecimiento, nos sumamos y contribuimos a su conformación.

La educación en general, y de los funcionarios públicos en especial, se ha convertido en la puerta que puede ayudarnos a enfrentar una realidad muy dura y muy próxima que, no sólo nos acompaña desde hace mucho -porque en los últimos 30 años en Argentina la pobreza nunca estuvo por debajo del 25%<sup>16</sup>- sino que exhibe un deterioro expresado por un 60% de niños en la pobreza al finalizar el año 2020.

La educación es la vía de establecimiento de una base común necesaria para satisfacer las necesidades que se hacen imprescindibles para una vida que pueda ser llamada *“digna”*, un nivel

<sup>10</sup> Ver <https://www.infobae.com/america/eeuu/2019/10/24/las-preguntas-con-las-que-alexandria-ocasio-cortez-acorralo-a-mark-zuckerberg-sobre-la-desinformacion-en-facebook/>

<sup>11</sup> D'ALBERTI, Marco, Poteri pubblici, mercati e globalizzazione, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 144.

<sup>12</sup> TRIMARCHI BANFI, Francesca, Lezioni di Diritto Pubblico dell'economia, g. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 5.

<sup>13</sup> HÄBERLE, Peter, Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, en César LANDA, coordinador, Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC), Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, año III, nro. 6, edición especial, Palestra Editores, Lima, 1991, p. 37.

<sup>14</sup> DI PLINIO, Giampiero, Diritto pubblico dell'economia, Giuffrè editore, Milano, 1998, p. 107.

<sup>15</sup> SPOTA, Alberto Antonio, Globalización, integración y Derecho Constitucional, en La Ley, tomo 1999-A, p. 912 y 913.

<sup>16</sup> Informe de Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (Cippec), el Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales (Cedlas) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); ver GASPARINI, Leonardo, Leopoldo TORNAROLLI y Pablo GLUZMANN, El desafío de la pobreza en Argentina. Diagnóstico y perspectivas, CIPPEC, PNUD y CEDLAS, en [www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/07/El-desafio-de-la-pobreza-en-Argentina.pdf](http://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/07/El-desafio-de-la-pobreza-en-Argentina.pdf)

mínimo al que es acreedor toda persona humana por el sólo hecho de serlo, al que seis de las convenciones de DDHH incluidas en la Constitución Argentina (art. 75.22 CN) denominan “nivel adecuado de vida”; en las cuáles nos hemos obligado a empeñar hasta el “máximo de los recursos de que disponga”<sup>17</sup>.

Nuestro compromiso debe ordenarse en su secuencia para construir respuestas acordes a ese porvenir que nos compromete en el mundo de desigualdades y de extrema pobreza en que estamos inexplicablemente sumergidos; la respuesta es primero política, de política internacional; es ella la “que fija el fin de la organización social humana, aparece como la disciplina de máxima jerarquía en el orden de las ciencias del hombre y es ciencia subordinante del Derecho y de la Economía”<sup>18</sup>; y esa política “no debe someterse a la economía y ésta no debe someterse a los dictámenes y al paradigma eficientista de la tecnocracia”<sup>19</sup> y, como señala Tzvetan Todorov<sup>20</sup>, no perder de vista la dimensión del problema porque “sólo una instancia ajena a la lógica económica puede limitar este apetito”.

Y esta dificultosa tarea de intervención que le toca instrumentar y ejecutar al funcionario público de este nuevo mundo, nos trae a la memoria las palabras de Sampay: “la neutralidad liberal no es otra cosa que intervención a favor del poderoso”<sup>21</sup>; sobre todo porque se ha dicho con acierto que “la economía, que se ha convertido en global, ya no está sometida al control político de los Estados. Todo lo contrario. Son los estados los que se han puesto al servicio de la economía”<sup>22</sup>. Previsoramente, la Constitución española contempla que “toda riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al interés general”, “reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Parte II, art. 2°, inc. 1 (Ley 23313).

<sup>18</sup> GHIRARDI, Olsen A., Política, Derecho y Economía, en XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias sociales de Buenos Aires y Córdoba, Derecho, Política y Economía. Equilibrios y desequilibrios, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 29.

<sup>19</sup> Papa Francisco, Laudatio ti, n. 189; más crítica a ella es la Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium (24/11/2013), donde el Papa FRANCISCO afirma que “algunos todavía defienden las teorías del «derrame», que suponen que todo crecimiento económico, favorecido por la libertad de mercado, logra provocar por sí mismo mayor equidad e inclusión social en el mundo. Esta opinión, que jamás ha sido confirmada por los hechos, expresa una confianza burda e ingenua en la bondad de quienes detentan el poder económico y en los mecanismos sacralizados del sistema económico imperante. Mientras tanto, los excluidos siguen esperando” (p. 29, punto 54).

<sup>20</sup> TODOROV, Tzvetan, Los enemigos íntimos de la democracia, Galaxia Gutenberg, Buenos Aires, 2012, p. 96.

<sup>21</sup> SAMPAY, Arturo Enrique, La reforma constitucional, Ediciones Laboremus, La Plata, 1949, p. 37.

<sup>22</sup> TODOROV, ob. cit.

<sup>23</sup> MAGIDE HERRERO, Mariano, Del Estado prestador al Estado garante: la intervención pública en la actividad económica. Fundamentos y conceptos de la regulación económica, en BURZACO SAMPER, María, LAVILLA RUBIRA, Juan José, MAGIDE HERRERO, Mariano y VEGA LABELLA, José Ignacio, “Derecho Administrativo Económico”, 2ª edición, Dykinson S. L., Madrid, 2020, p. 14.

Se recomienda al funcionario público que tenga presente en todo su accionar que necesariamente “debe prevalecer un Estado que, sin negar ni obstruir el mercado, haga viable una re-regulación del mismo (pragmática, local y antiburocrática), atenta a la complejidad, sofisticación e incertidumbre de la operatoria mercadista”<sup>24</sup> pero sin olvidar a Nicolás Sarkozy<sup>25</sup> quien -con ocasión de la crisis global de 2008- sostuvo que “la idea de la omnipotencia del mercado que no debía ser alterado por ninguna regla, por ninguna intervención pública; esa idea de la omnipotencia del mercado era descabellada”.

El funcionario público debe buscar respuestas globales pero consciente de que “El derecho del comercio internacional de bienes y servicios privilegia también en modo neto los imperativos económicos en detrimento de los intereses públicos, valores sociales y derechos humanos: es un evidente desequilibrio, cuyo soporte es el ‘fundamentalismo del mercado’”<sup>26</sup>.

La única vía posible para dotar a nuestros funcionarios públicos de los instrumentos aptos para el control y orientación sobre los negocios globalizados es aquella de capacitarlos para construir un espacio de regulación participativo, de prevención y solución de conflictos, y con autoridades independientes de carácter también global o regional con capacidad técnica de incidir en el ámbito de funcionamiento; que no es sólo territorial sino también cibernético. Se trata de, como dijimos, de la tarea de la regulación pensada como espacio donde concertar y componer intereses distintos y prevenir conflictos de modo controlado y por autoridades independientes; quizás sea la vía más conveniente, pero lo será en la medida en que se integre a todos los prestadores interesados<sup>27</sup>.

El funcionario público, al que hemos dedicado este panel específico de nuestro Congreso Internacional es uno de los protagonistas obligados y principales responsables de guiar, conducir y ejecutar la construcción de los consensos democráticos que demanda el porvenir de nuestros pueblos. Exigimos de él una entrega comprometida con los fines y valores que encarna nuestra sociedad republicana y para hacerla efectiva debemos dotarlo y prepararlo en forma adecuada y eficiente; de lo contrario no podremos reclamarle si sólo se limita al rol impotente de quien sólo puede observar lo que ocurre sin compromiso moral alguno.

Mendoza, Chacras de Coria, julio de 2021.

<sup>24</sup> BONFANTI, Mario, Apuntes para una cuestión enigmática: la relación derecho-economía, en Jurisprudencia Argentina, octubre 7 de 1998, p. 14.

<sup>25</sup> Declaraciones del dirigente de Francia durante la celebración de la Reunión del G-20 en Londres el 2 de abril de 2009.

<sup>26</sup> Ob. cit.

<sup>27</sup> TORNOS MÁS, Joaquín, La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del consell audiovisual de Catalunya, en revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Derecho Privado y Constitución, n° 17, Enero-Diciembre, Madrid, 2003, p. 480.

## EXÁMENES PARA CATALIZAR EL CONOCIMIENTO<sup>1</sup>

### Autores

Jorge Vargas Morgado<sup>2</sup>

### Introducción

Indudablemente los exámenes son parte del panorama que la mayoría de los cursos académicos, son una realidad en el espectro de vida de toda persona, como pagar impuestos y morir.

Empíricamente encontramos en la educación, particularmente la media y la superior, que los exámenes son percibidos por el alumno como un obstáculo que superar, consecuentemente se preparan para saltar el obstáculo, frecuentísimamente memorizando datos que, en el mejor de los casos, sospechan podría ser un tema preferido por el profesor, y, en el peor y muy frecuente caso, simplemente memorizan lo que pueden en las horas previas a la prueba.

De la observación que plantearé en el texto de la ponencia se encontrará un resultado de salida única: la inutilidad de los exámenes para catalizar el aprendizaje.

Los exámenes propios de las plataformas electrónicas no favorecen en nada el proceso de aprendizaje y, lamentablemente, releva al profesor del ejercicio analítico de las respuestas dadas por el educando dado que califica un sistema inanimado y preprogramado de manera fría y distante.

El resultado conclusivo rondará en la proposición de un cambio acerca de la concepción, diseño y aplicación de exámenes.

### La pregunta como instrumento para el conocimiento

El formular preguntas para generar conocimiento es un método históricamente utilizado con enorme beneficio para la humanidad.

En la antigua Grecia, Sócrates, el gran prócer de la filosofía universal, espoleaba a sus discípulos mediante preguntas para que ellos mismos alcanzaran el conocimiento, contribuyendo de manera sustancial a que, en Grecia, en esa época, se desarrollara la ola más importante y trascendente de pensamiento humano.

Así en el diálogo denominado Cratilo o Del Lenguaje, en el que Platón narra cómo se entabló un debate a partir de que Cratilo sostenía que los nombres de las personas y de las cosas debían corresponder a la naturaleza de las personas y cosas así era nombradas.

En el diálogo se inicia el debate porque Cratilo observa que el nombre de Hermógenes, uno de los dialogantes, cuyo nombre significa hijo de Hermes, no corresponde a la realidad dado que no había tal paternidad del dios Hermes, por lo que considera erróneo el nombre en cuestión.

Para dilucidar el tema Sócrates, siguiendo el método de preguntar como medio para alcanzar el conocimiento, hace una serie de cuestionamientos, entre ellos el siguiente:

**SÓCRATES.** - ¿Y qué? ¿El mismo hombre no puede decir al que encuentra he aquí tu nombre?

Es decir, mediante el planteamiento de interrogantes, Sócrates consigue que se entienda que poner el nombre a un niño no es una tarea de describirlo sino de llamarlo de cualquier manera a gusto de los padres, sin importar que el significado del nombre corresponda o no a la naturaleza misma del niño nombrado.

Vemos cómo el instrumento didáctico de preguntar lleva el propósito de suscitar alcanzar el conocimiento por el propio interrogado, medio de investigación que en la filosofía griega fue sumamente efectivo para lograr el discernimiento del saber.

Este método, conocido como mayéutica – de *μαιευτική*: técnica de asistir en los partos-, es el proverbialmente utilizado por Sócrates, para inducir el parto de ideas y conocimientos entre los filósofos con quienes dialogaba.

En el diálogo platónico denominado Teetetes o de la Ciencia, Sócrates afirma concluyentemente acerca de su propio método de preguntar para hacer parir ideas:

Yo no sé nada de lo que saben los grandes y admirables personajes de estos tiempos y de los pasados, pero en cuanto al oficio de partear, mi madre y yo lo hemos recibido de manos del dios, ella para las mujeres y yo para los jóvenes de bellas formas y nobles sentimientos<sup>4</sup>.

Es decir, las preguntas son muy eficaces herramientas para propiciar el conocimiento en el discípulo, no para espetarle al preguntado cuán equivocado puede estar, sino, al contrario, para empujarlo a encontrar el conocimiento por su propia reflexión, inducida por los cuestionamientos del maestro.

Este aparejo didáctico ha sido utilizado en otras épocas con magnífico buen suceso.

De prosapia filosófica indudablemente helénica, la filosofía medieval se construyó en buena medida sobre el sistema de quaestio -pregunta-, tal como lo hizo Santo Tomás de Aquino en la Suma de Teología, en la que cada artículo de reflexión es suscitado por un cuestionamiento planteado por el propio doctor angélico, así se pregunta La verdad ¿está o no está sólo en el entendimiento?<sup>5</sup>

Vemos pues, que una frase inquisitiva propicia el enfrentamiento de un problema con el objetivo de descubrir o crear su resolución, la pregunta es un medio metodológico para encontrar el conocimiento, no para evaluar al interrogado.

<sup>3</sup> Platón. Cratilo o Del Lenguaje en DIÁLOGOS. México. Porrúa. Colección Sepan cuantos... número 13. 1976. p. 286.

<sup>4</sup> Platón. Teetetes o de la Ciencia en DIÁLOGOS. México. Porrúa. Colección Sepan cuantos... número 13. 1976. p. 349.

<sup>5</sup> <https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/1.pdf>

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el 3er. Coloquio de Investigación Sobre Innovación Educativa 2020. COPARMEX Querétaro.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho. Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro.

Es decir, como en la Grecia clásica, la construcción del conocimiento filosófico posterior ha solido realizarse a través preguntas que catalizan la reflexión, arrojando este método de investigación, en muchas ocasiones, conocimiento nuevo como lo vemos en la filosofía tomista.

### Los conceptos jurídicos

Para considerar si las preguntas son un método pertinente para evaluar el conocimiento diría que concretamente, en el Derecho tenemos que los conceptos no corresponden epistemológicamente a los propios de las ciencias exactas, sino que pertenecen a una ciencia de perfil único, esencialmente jurídica, pero que tiene intensa relación con las ciencias sociales y con las humanidades.

Así entonces viene a ser azaroso, si no es que simplemente impertinente, el pretender formular exámenes de salida única, es decir, de respuesta precisa, como si se tratara simplemente de recitar oraciones.

No, el Derecho es mucho más complejo y, como toda ciencia cultural, debe fundamentalmente entenderse, por ello es que, proponer exámenes en los que se espere recibir respuestas planas no es valedera en gran cantidad de materias y de temas.

Por ejemplo, Alf Ross, el jurista perteneciente al realismo escandinavo, refiriendo las exposiciones de Austin, expresa:

La existencia del derecho es una cosa; otra cosa es su mérito o su demérito<sup>6</sup>.

Es decir, un perfil del Derecho es su vigencia y otro es su eficacia, esto no puede ser materia de preguntas frías en un examen, el alumno que responda a estos planteamientos debe desplegar señales de comprensión del tema y de su ubicación el edificio de la ciencia del Derecho.

El paradigmático metodólogo del Derecho Karl Larenz expone:

El pensamiento abstractivo aprehende un objeto de la intuición sensible -por ejemplo, una determinada planta, un determinado animal, un determinado edificio- no en la plenitud "concreta" de todas sus partes y sus particularidades, como este todo único, sino solo en cuanto que en él se destacan propiedades particulares o determinaciones de ideas, que se las estima generales, desligadas de su unión con otras y, en cuanto tales, "separadas". De las notas distintivas constantes, de esta manera aisladas, se forman pronto conceptos que hacen posible subsumir bajo ellos todos aquellos objetos que presentan todas las notas distintivas recogidas en la definición del concepto -sea cual sea su vinculación concreta-. Eliminando notas distintivas particulares pueden ser formados conceptos de mayor grado de abstracción, bajo los cuales pueden subsumirse todos los a ellos subordinados. Aquí rige la ley lógica de que el concepto "supremo" -es decir, aquel bajo el cual (añadiendo notas distintivas diferenciales) pueden subsumirse muchos otros- tiene el menor contenido, puesto que sólo está caracterizado por pocas notas distintivas, y, en cambio, tiene la

extensión o ámbito de aplicación más amplios; mientras que, el más rico en contenido, que presenta mayor cantidad de notas distintivas, tiene, en cambio, la menor extensión<sup>7</sup>.

El alumno de toda profesión, pero me sigo circunscribiendo al Derecho, idealmente ha de tener la capacidad de entender y manejar el pensamiento abstracto y abstractivo, de lo contrario su entrenamiento sería meramente de capacitación, pero no de comprensión de sistemas de pensamiento y de reflexión lógica a partir de saberes demostrables, de suerte que lo lógico no sea mágico sino ontológico.

En este contexto, es ineficiente el planteamiento de exámenes con la intención de obtener respuestas de salida única, firmes y categóricas, esas pocas veces las encontramos en una ciencia, desde luego escasamente en el Derecho.

También perteneciente a la corriente jurídica del realismo escandinavo, Karl Olivecrona, nos plantea un problema de lingüístico del Derecho utilizando como ilustración el vocablo *propiedad*, analizando la carencia de sentido verdadero del vocablo -lo que es una verdad incuestionable-, arriba a una conclusión compleja, clara, pero compleja:

Frente a esta objeción es suficiente contestar lo siguiente: No es necesario que las frases en cuestión sean verdaderas o falsas; basta con que se las considere verdaderas o falsas. Nuestra creencia en la realidad del derecho de propiedad es lo relevante. Pero esta creencia puede ser errónea, es perfectamente posible que las aseveraciones con respecto a la existencia de derechos sean de tal naturaleza que la cuestión de la verdad no se aplique a ellas.

Lo que quiero decir es esto. La cuestión de la verdad es tan inútil con respecto a las frases emotivas como con las frases destinadas a provocar una cierta conducta, como, por ejemplo, las órdenes. No tiene sentido preguntar si una orden es verdadera o falsa<sup>8</sup>.

Pues bien, estos desarrollos reflexivos ¿cómo los podemos encerrar en preguntas de examen con las que se pretenda escuchar respuestas definitivas?

Es imposible y es inútil, lo que se requiere es que el monitor magisterial dialogue con el estudiante e intente percibir su conocimiento y el manejo que de los conceptos haya podido haber logrado, dotándolo de las observaciones y aclaraciones correspondientes, para que salga del examen con conocimientos más firmes y no reprobado e ignorante del conocimiento.

### Los exámenes

Un relevante jurista y sociólogo alemán, Rüdiger Lautmann, hace una amplia reflexión acerca de los exámenes universitarios, cavila acerca de la frase *Los exámenes funcionan como el motor más efectivo de los estudios* lo que sigue:

Esto sería aceptable solo en el caso que el examen diera al estudiante una cierta ayuda

<sup>6</sup> Larenz, Karl. METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO. Barcelona. Ariel. 1998. p. 440.

<sup>8</sup> Olivecrona, Karl. LENGUAJE JURÍDICO Y REALIDAD. México. Fontamara. 1991. p. 51.

<sup>6</sup> Ross, Alf. EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y OTROS ENSAYOS. México. Fontamara. 1991. p. 13.

de orientación acerca de cuáles son los temas a los cuales debe dedicarse, es decir, si el examen diera al estudiante, dentro de un marco amplio, la libertad de adoptar decisiones autónomas. Estas ayudas de orientación legítimas se anquilosan en una reglamentación cuando el estudio es solo considerado para una preparación para el examen. La literatura científica es reducida a los manuales; entre los profesores universitarios los únicos que interesan al estudiante son aquellos que integran las mesas examinadoras y a cuyas opiniones hay que procurar adecuarse; el lugar de los estudios en, pues, así, un repertorio a distancia<sup>9</sup>.

Encuentro en el párrafo anterior ciertos elementos que quiero resaltar:

Los exámenes son plausibles cuando complementan el conocimiento con datos y señales que enriquezcan su acervo de conocimiento.

De no ser así, el trabajo del alumno no se encamina al conocimiento y comprensión de la ciencia que siga sino a la memorización para aprobar exámenes.

Se privilegia la consulta de manuales y no la literatura de investigación.

Si bien el alumno sabe que al profesor hay que decirle lo que quiere oír, esto no es el sentido óptimo de la preparación para un examen.

Los alumnos buscan aprobar exámenes no adquirir conocimiento.

Bien, el propio Rüdiger Lautmann hace una compilación de algunas observaciones críticas desde la pedagogía, la psicología y la sociología al esquema presente de exámenes<sup>10</sup>:

Desde la *pedagogía*:

Los exámenes impiden la comunicación, la cooperación, la creatividad y el interés en solucionar problemas en los estudiantes.

Los exámenes no son objetivos.

Las notas no son criterios válidos para medir los resultados.

Las notas de los exámenes no tienen valor de pronóstico.

Los exámenes no permiten valorar el éxito de los aprendizajes.

Desde la *psicología*:

El examen subraya el ámbito intelectual de la personalidad a costa del emotivo.

Crea una situación síquica de excepción.

Proyecta una imagen falsa de la personalidad del candidato.

Provoca miedo y actualiza conflictos inconscientes.

Desde la *sociología*:

El examen es un proceso de sanción social que subyace manifiesta o lentamente en todas las reglamentaciones de exámenes.

Las reglamentaciones de exámenes proceden de la subcultura del estrato social medio.

En los exámenes se ejercita el poder.

Las notas tienen un carácter normativo para el futuro.

Los exámenes crean diferencias sociales y conservan la estratificación social existente.

Por lo que a mí respecta, las observaciones y objeciones anteriores son fundamentalmente plausibles, los exámenes no son un método óptimo para evaluar el desempeño de los alumnos y así darle paso a la superación de los cursos.

Actualmente, los exámenes solo dan certeza a los alumnos de que superándolos avanzarán a los cursos subsiguientes y, al final, alcanzarán el grado académico que se han propuesto alcanzar, pero no para mucho más que eso.

Evidentemente, debemos hacer un cambio de paradigmas muy profundo, urgentemente.

### **Novedades destacadas por la COVID-19**

Actualmente estamos viviendo en una condición social hace apenas un año impensada, el confinamiento por la covid-19, esta circunstancia nos ha empujado a buscar fórmulas y técnicas que permitan continuar la vida, el trabajo, el estudio, mayormente a distancia.

En las Universidades que desde antes de la pandemia contaban con instrumental para la impartición de los cursos a distancia vienen ejercitándolo desde el inicio de la contracción, hecho que es de celebrarse porque con las ventajas y las insuficiencias que estos elementos electrónicos puedan presentar, lo cierto es que nos han permitido continuar los procesos educativos, a los que en general nos hemos adaptado con prontitud. No podemos escatimar el aprecio a los instrumentos electrónicos que estamos usando.

Ahora bien, queda dicho que es incuestionable el beneficio que han traído los sistemas electrónicos, sin embargo, dichos sistemas traen consigo el peligro de la despersonalización de la educación, la masificación del destinatario del proceso de aprendizaje, perfiles por completo indeseables y, evidentemente, negativos, por ello debemos redoblar el compromiso y el espero en hacer prevalecer la relación personal que debe imperar en la impartición de clase.

Concretamente, en cuanto a las herramientas electrónicas que ofrecen las plataformas para la impartición de cursos -Brightspace, Blackboard, etcétera- para realizar los exámenes en los diversos cursos a través de las propias plataformas, me resulta imperioso expresar mi mayor contrariedad.

Explico mi inconformidad:

Plantear exámenes mediante cuestionamientos y ejercicios que se darán a conocer al alumno vía remota y éste los responderá lejana y fríamente, sin la menor posibilidad de interacción con el profesor o el monitor; el alumno le habla a una máquina de plástico y metal y el profesor no evalúa y califica, esas operaciones las realiza un algoritmo que carece por completo de la sensibilidad para estimar la eficiencia en la transmisión del conocimiento, para evaluar la recepción, comprensión y manejo del conocimiento captado por el estudiante; el alumno en lugar de mostrar la comprensión y manejo de la semántica científica de su especialidad y la capacidad dialéctica en el ejercicio reflexivo, se limita lamentablemente a demostrar su capacidad de memorización de frases pétreas, frías y aplasticadas.

Desde luego no es el mejor camino para el desarrollo de la actividad académica.

<sup>9</sup> Lautmann, Rüdiger. SOCIOLOGÍA Y JURISPRUDENCIA. México. Fontamara. 1991. p. 132.

<sup>10</sup> Lautmann, Rüdiger. Op. cit. pp. 134-135.

### Hacia dónde ir

A partir de la Declaración de Bolonia Declaración, emitida de manera conjunta por los Ministros Europeos de Educación Bolonia, 19 de junio de 1999<sup>11</sup>, se ha planteado que la evaluación acerca del desempeño y logro de los estudiantes ha de basarse en una amplia valoración de forma tutorial, es decir, entregándole más tiempo a la atención de los avances personales del alumno.

Esto no es sencillo ni actualmente accesible, con justicia Isabel-Cecilia del Castillo observa:

Pero cuando al profesor se le exige la obligación de orientar al alumno, de tutorizarlo y resolverle las dudas que le hayan quedado después de recorrer la ruta diseñada para su formación, se le está pidiendo una función que rebasa las propias de su condición docente. Y si estas nuevas labores no se acompañan de una cifra razonable en la proporción profesor-alumnos, en una enseñanza que se mantiene masiva por las necesidades de implementar los cambios a coste cero, el esfuerzo que se le pide al profesor es titánico, y, desgraciadamente, no hay que ser un lince para atisbar que se resentirá en su capacidad investigadora<sup>12</sup>.

Vemos que el avance necesario no es sencillo ni será lo ágil que deseáramos, pero no debemos perder de vista el derrotero, hemos de lograr fórmulas para que tengan verificativo las evaluaciones para que catalicen el crecimiento del alumno y de su conocimiento.

### Una ardua conclusión

Las preguntas suscitan y catalizan el conocimiento cuando se utilizan didácticamente para hacer reflexionar al encuestado.

Las preguntas para valorar al alumno por medio de reactivos planos son inútiles y vician el propósito educativo.

Las preguntas formuladas por medios electrónicos son la destrucción del ideal educativo.

El método tutorial es preferible frente a cualquier otro, pero no hay los medios para hacerlo funcionar generalizadamente.

Debemos privilegiar el conocimiento no los exámenes.

Debemos, por lo menos, ser conscientes de la impertinencia de los exámenes obstáculo o criba y practicar métodos valorativos más personalizados, que permitan al alumno desplegar de la mejor manera posible sus avances y al profesor encontrar los destellos necesarios para emitir su evaluación.

### Bibliografía

#### Libros

- Larenz, Karl. METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO. Barcelona. Ariel. 1998.  
Platón. DIÁLOGOS. México. Porrúa. Colección Sepan cuantos... número 13. 1976.  
Ross, Alf. EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y OTROS ENSAYOS. México. Fontamara. 1991.  
Lautmann, Rüdiger. SOCIOLOGÍA Y JURISPRUDENCIA. México. Fontamara. 1991.  
Olivecrona, Karl. LENGUAJE JURÍDICO Y REALIDAD. México. Fontamara. 1991.

#### Sitios electrónicos

- [http://www.mat.ucm.es/~arrondo/Declaracion\\_Bolonia.pdf](http://www.mat.ucm.es/~arrondo/Declaracion_Bolonia.pdf)  
Del Castillo, Isabel Cecilia. PROGRAMAR, EVALUAR Y CALIFICAR EN BOLONIA. Foro, Nueva época, núm. 11-12/2010: 445-482. file:///C:/Users/georg/Downloads/37196-Texto%20del%20art%C3%ADculo-40117-1-10-20111021.pdf  
<https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/1.pdf>

<sup>11</sup> [http://www.mat.ucm.es/~arrondo/Declaracion\\_Bolonia.pdf](http://www.mat.ucm.es/~arrondo/Declaracion_Bolonia.pdf)

<sup>12</sup> Del Castillo, Isabel Cecilia. PROGRAMAR, EVALUAR Y CALIFICAR EN BOLONIA. Foro, Nueva época, núm. 11-12/2010: 445-482. file:///C:/Users/georg/Downloads/37196-Texto%20del%20art%C3%ADculo-40117-1-10-20111021.pdf

**EL CONSTITUYENTE**

Revista jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro.  
Año 3, Número 4, Noviembre 2021. Se terminó de imprimir en Printor Technology.

Dirección: José Frontera No. 9 Col. Mercurio. C.P. 76040 Querétaro, Qro.

Se imprimieron 200 ejemplares.





**Anáhuac**  
Querétaro

---

UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO  
Calle Circuito Universidades I,  
Kilómetro 7 Fracción 2 El Marqués, Querétaro.  
C.P. 76246 / TEL. (442) 245 6742

   / anahuacqro  
[www.anahuac.mx/queretaro](http://www.anahuac.mx/queretaro)