

ENFOQUES JURÍDICOS

REVISTA MULTIDISCIPLINAR DEL CEDEGS



ENFOQUES JURÍDICOS

ISSN-e 2683-2070

Año 2 Número 04 julio-diciembre 2021
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO
CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO, GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD



Universidad Veracruzana

Dra. Sara D. Ladrón de Guevara González

Rectora

Dra. María Magdalena Hernández Alarcón

Secretaria Académica

Mtro. Salvador F. Tapia Spinoso

Secretario de Administración y Finanzas

Dr. Ángel R. Trigos Landa

Director General de Investigaciones

Dra. Ana Gamboa de Trejo

Coordinadora

Centro de Estudios sobre Derecho,

Globalización y Seguridad

ENFOQUES JURÍDICOS

REBECA ELIZABETH CONTRERAS LÓPEZ

DIRECTORA

CONSEJO EDITORIAL

Ana Gamboa de Trejo (México)

Jaqueline Jongitud Zamora (México)

Jorge Witker Velázquez (México)

Marta S. Moreno Luce (México)

Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)

José Luis Cascajo Castro (España)

COMITÉ EDITORIAL

Josefa Montalvo Romero (México)

José Antonio Márquez González (México)

Ángela Figueruelo Burrieza (España)

Julia Roper Carrasco (España)

Rosanna Pane (Italia)

ENFOQUES JURÍDICOS



UNIVERSIDAD VERACRUZANA



Enfoques Jurídicos ISSN 2683-2070
Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización
y Seguridad de la Universidad Veracruzana
Xalapa, Veracruz, México

Núm. 4 (julio-diciembre 2021)
Correo-e:
enfoquesjuridicos@uv.mx
Teléfono: 2288 41 37 98

Enfoques Jurídicos es una publicación semestral, digital, arbitrada y de acceso gratuito, publicada por la Universidad Veracruzana a través del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad (CEDEGS); es un espacio libre para la divulgación de investigaciones científicas relacionadas con la ciencia jurídica con perspectiva multidisciplinar.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

CONTENIDO

ARTÍCULOS

Páginas

La radicalización como elemento vertebrador de la política antiterrorista: una aproximación crítica Carlos Fernández Abad María del Valle Cabezas Domínguez.....	9-26
Enseñanza del Derecho en la pandemia: La clase magistral interactiva en la virtualidad Cristina Cázares Sánchez.....	27-38
Los derechos de autor en el ámbito digital. Un necesario sistema de equilibrio de libertades en México José Joaquín Piña Mondragón.....	39-60
La reforma en materia de teletrabajo en México Jorge Martínez Martínez.....	61-83
Regulación de las residencias médicas en México y derechos humanos Jaqueline del Carmen Jongitud Zamora Francisco Domingo Vázquez Martínez.....	84-99
Estado de Derecho y emergencia sanitaria María del Rosario Huerta Lara.....	100-119

Testamento y herencia digital

Armando Adriano Fabre

Modesta Lorena Hernández Sánchez.....120-136

RESEÑAS

El futuro empieza hoy

Rebeca Elizabeth Contreras López.....138-141

Segundo Congreso Internacional de Derecho Constitucional Iberoamericano

Preludio a cátedra Mahatma Gandhi-Universidad Veracruzana

Rita María León López.....142-148

COMENTARIO LEGISLATIVO

Crisis constitucionales

Conferencia del Dr. José Ramón Cossío Díaz.....150-158

ENFOQUES JURÍDICOS

04 julio-diciembre 2021

ARTÍCULOS

La radicalización como elemento vertebrador de la política antiterrorista: una aproximación crítica

Recibido 23 febrero 2021-Aceptado 19 marzo 2021.

Carlos Fernández Abad*
Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España
carlos.abad@urjc.es

María del Valle Cabezas Domínguez**
Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España
mv.cabezas.2017@alumnos.urjc.es

RESUMEN: Los autores de este artículo examinan la validez de la radicalización para constituirse como uno de los elementos vertebradores de la lucha contra el terrorismo de inspiración yihadista en la actualidad. En este sentido, se argumenta que no solo se trata de un concepto problemático y vacío de contenido, sino que, además, su naturaleza inespecífica dificulta enormemente la implementación de políticas públicas eficientes para prevenir la participación del individuo en el fenómeno terrorista. Por todo ello, ya en el apartado de

ABSTRACT: The authors of this article address the suitability of the radicalization concept to be one of the vertebral elements of the struggle against jihadist-inspired terrorism. In this sense, it is argued that not only is it a troublesome and empty concept, but also that its non-specific nature makes it enormously difficult to implement efficient public policies to prevent the involvement of the individual in the terrorist phenomenon. For all these reasons, it is claimed the need to subject this concept to a serious revision

* Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España) y Doctor en Sociología por la Universidade do Minho (Braga, Portugal). Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal y Criminología de la Universidad Rey Juan Carlos.

** Becaria de Colaboración en el Departamento de Derecho Público II y Filología I de la Universidad Rey Juan Carlos, donde realiza una investigación sobre la respuesta del sistema penitenciario español frente a la radicalización yihadista.

conclusiones, se postula la necesidad de someter a este concepto a una profunda revisión que, por su parte, implique una reformulación de las estrategias antiterroristas contemporáneas.

Palabras clave: Terrorismo yihadista; radicalización; políticas públicas; prevención

which, in turn, involves a re-formulation of contemporary anti-terrorist strategies.

Keywords: Jihadist Terrorism; radicalization; public policies; prevention.

SUMARIO: Introducción; 1. Un concepto problemático: ¿qué es la radicalización?; 2. La prevención del terrorismo a partir de la radicalización; Conclusiones; Fuentes de consulta.

Introducción

La radicalización se constituye actualmente como un concepto hegemónico a la hora de aproximarse al estudio del terrorismo de inspiración yihadista (Antón Mellón y Parra, 2015; Malthaner, 2017; Fernández de Mosteryn y Limón López, 2017). En este sentido, este concepto no solo ha sido ampliamente referido en el mundo académico, sino que, también ha encontrado una amplia acogida en el ámbito institucional (Sedgwick, 2010), llegando a presentarse como uno de los ejes vertebradores de la lucha contra este fenómeno. En este contexto, según advierten Neumann y Kleinman, la radicalización se habría convertido en una de las palabras de moda de nuestro tiempo (2013: 360), lo que se traduce en una marcada dificultad para encontrar modelos explicativos y planes de intervención que, ya sea de una u otra manera, no orbiten sobre este punto.

Ahora bien, conviene advertir que, a pesar de su incuestionable hegemonía, este concepto ha sido en cierta forma contestado durante los últimos años por un sector todavía minoritario de la literatura especializada, señalándose algunos aspectos como el hecho de que se trata de un concepto ambiguo y falto de contenido (Coolsaet, 2019) o que su mera existencia, además de confundir el activismo político con el terrorismo (Bartlett y Miller, 2010), contribuye a criminalizar a categorías enteras de población (Kundnani, 2010). En este sentido, no resulta sorprendente que hayan surgido numerosos análisis que, enmarcándose en este sector de la doctrina, han criticado la naturaleza del término y, sobre todo, las consecuencias político-criminales que se derivan de su existencia, planteándose en algunos casos la pertinencia de someterlo a una profunda revisión y, en otros, de abandonarlo directamente como principal factor explicativo del terrorismo (Fernández de Mosteryn y Limón López, 2017; Paredes, 2020).

Precisamente, el objetivo principal de este trabajo no es otro que examinar desde una posición crítica la validez de la radicalización para constituirse como el eje vertebrador de la lucha contra el terrorismo en la actualidad. Para su consecución, se plantean una serie de objetivos específicos que se corresponden con el desarrollo del artículo: en primer lugar, se

aborda el significado del término y los principales problemas que plantea, poniéndose el énfasis en su obligada naturaleza relativa y en la falta de consenso que existe sobre cuál es el punto final de este proceso. Posteriormente, se analiza si, tal y como indican sus partidarios, el marco teórico definido por la radicalización sirve para articular políticas preventivas eficientes en esta materia. Por último, ya en el apartado de conclusiones, se argumenta que el uso de la radicalización como elemento vertebrador de la lucha contra el terrorismo conduce a un adelantamiento de la barrera de intervención que, además de constituirse como una base para la vulneración de derechos fundamentales (Kundnani, 2012), contribuye paradójicamente a crear un escenario más inseguro mediante la implementación de políticas securitarias que resultan altamente lesivas y discriminatorias. En todo caso, más que a la articulación de una definición alternativa del concepto de radicalización -algo que, por su parte, abre una interesante línea de investigación futura-, este texto aspira sobre todo a enarbolar una crítica convincente sobre las desventajas que comporta el uso acrítico de este término, ya sea en la academia o en el campo institucional.

1. Un concepto problemático: ¿qué es la radicalización?

Del mismo modo que sucede con el terrorismo, conviene aclarar que no existe un concepto inequívoco del término radicalización (Dalgaard-Nielsen, 2010: 798), siendo este una fuente común de controversias y disputas (Neumann, 2013: 874). En este sentido, la primera cuestión que debe advertirse reside en el hecho de que su uso en el campo de los estudios de terrorismo es en cierta parte novedoso ya que, con anterioridad al año 2001, este era raramente aludido en la literatura especializada y escasamente referido por parte de los medios de comunicación, además de tener una nula representación en las diferentes estrategias antiterroristas (Sedgwick, 2010: 480). Esto, por su parte, no implica en ningún caso que la radicalización sea un concepto totalmente novedoso sino que, más bien, este era empleado en otros contextos diferentes y con un significado distinto. Sobre este punto, Schmid señalada que, durante el siglo XIX y comienzos del XX, muchos partidos políticos se definían a sí mismo como "radicales" para expresar su posición en materias relacionadas con la defensa del republicanismo, el sufragio universal o la democracia (2013: 7). De este modo, como se puede apreciar, la radicalización no va a tener en un primer momento una connotación necesariamente negativa, sino que sobre todo va a estar relacionada con la aspiración de promover profundos cambios sociales de naturaleza progresista (Pisoiu, 2012: 19).

A pesar de que este concepto fue paulatinamente ligado con la violencia durante los años setenta del siglo pasado, especialmente para referirse a los movimientos sociales de extrema izquierda y derecha (Pisoiu, 2012: 21), su presencia en el campo de los estudios de terrorismo durante este periodo fue muy limitada. En su ausencia, predominaban toda una serie de enfoques basados en las "causas profundas" del terrorismo donde se concedía una

relevancia decisiva a los factores estructurales -fundamentalmente de tipo económico, político y social- que nutren la existencia de este fenómeno (Kundnani, 2015: 14), siendo buena prueba de ellos los análisis realizados por autoras como Crenshaw (1982) o Della Porta (1992). Ahora bien, tras el 11-S, esta discusión sobre las “causas profundas” del terrorismo se tornó especialmente complicada ya que, siguiendo a Kundnani, se consideró que, ante hechos de tal naturaleza, no existía ninguna explicación más allá del fanatismo de los actores implicados, emergiendo como consecuencia otros modelos interpretativos basados en una suerte de ideología del mal que, por su parte, no requería un análisis mucho más profundo que su simple condena y rechazo, otorgándose en este contexto un especial protagonismo a las intervenciones de tipo militar (2012: 48).

A partir del año 2004, sin embargo, este marco interpretativo comenzó a mostrar síntomas evidentes de agotamiento. En este sentido, los atentados de Madrid en 2004 y Londres en 2005 pusieron de relevancia la necesidad de incorporar otros enfoques que permitiesen explicar por qué ciertos jóvenes occidentales aparentemente bien integrados deciden involucrarse en este fenómeno e, incluso, llegar a participar en la planificación y ejecución de actos de terrorismo contra sus países de residencia (Veldhuis y Staun, 2009: 1). La emergencia de la radicalización como principal factor explicativo del terrorismo de inspiración yihadista se situaría precisamente en este punto, estando íntimamente vinculada con la irrupción del “terrorismo doméstico” (Sedgwick, 2010). Es decir, si anteriormente se consideraba que la amenaza que representa este fenómeno provenía de personas y organizaciones extranjeras, ahora se llega a la conclusión de que las personas nacidas y criadas en los países occidentales también pueden involucrarse en el mismo (Crone y Harrow, 2011: 521), lo que estimula la necesidad de examinar las causas que explican por qué algunas personas se adhieren a una visión rigorista y excluyente del credo islámico que, a la postre, puede propiciar la justificación y realización de actos violentos (Kundnani, 2010: 5). Además, nótese que la pretensión de responder a esta pregunta no va a venir únicamente determinada por un mero interés académico, sino que los operadores políticos también van a utilizar este concepto para desarrollar numerosos planes de prevención, lo que va a provocar que, desde un inicio, la radicalización adquiera una fuerte dimensión operativa y se institucionalice rápidamente (Fernández de Mosteryn, 2017: 809). Ahora bien ¿en qué consiste exactamente la radicalización?

Como se ha señalado más arriba, en la actualidad no existe un concepto único del término radicalización. En este sentido, Coolsaet señala que, quince años después de su consolidación como centro explicativo del terrorismo, este sigue siendo un concepto ambiguo y mal definido que, en cuantiosas ocasiones, es utilizado de forma vaga e imprecisa (2019: 30), lo que da lugar a la existencia de múltiples interpretaciones sobre su significado. En una línea similar, Fernández de Mosteryn y Limón López advierten que, como objeto de estudio, la radicalización suscita más dudas que acuerdo y no hay una evidencia concluyente

que permita saber qué es y cómo opera exactamente (2017: 806). Pero ¿por qué es tan difícil llegar a una definición universalmente aceptada de este concepto? Sobre esta cuestión, Neumann señala dos elementos que, de una forma u otra, explican esta dificultad (2013: 873-893):

Por una parte, el autor alemán advierte que, por sí misma, esta palabra no tiene un significado concreto ya que su contenido está necesariamente ligado a lo que se considera como moderado en una sociedad determinada durante un periodo concreto de tiempo. Es decir, la radicalización sería necesariamente un concepto relativo cuyo significado remite a un marco histórico, político y social más amplio, lo que provoca que existan múltiples interpretaciones sobre su alcance y extensión. A modo de ejemplo, Neumann señala que, mientras que la defensa de la libertad de expresión puede ser un principio radical en Corea del Norte, esta es visualizada como un derecho fundamental en la mayor parte de los países occidentales (2013: 876). En este sentido, resulta importante subrayar que, lejos de ser realidades naturales, tanto la radicalidad como la moderación son construcciones sociales que se inscriben siempre en un contexto determinado (Githens-Mazer, 2012; 557), lo que impide que exista un significado universalmente aceptado sobre ambos términos. Además, al margen de esta dificultad, también resulta importante subrayar que trazar una línea divisoria entre la radicalidad y la moderación no siempre es una cuestión tan evidente como parece, con todos los problemas que de ello se derivan (Sedgwick, 2010: 481).

Por otra parte, en relación con el segundo elemento, Neumann señala que tampoco existe un consenso claro sobre cuál debería ser considerado el punto final de este proceso (2013: 874). En estos términos, se abre el interrogante de si únicamente deben ser etiquetados como “radicalizados” aquellos individuos que finalmente participan en la planificación y ejecución de actos violentos o si, en una dimensión más amplia, también deben serlo los que legitiman o justifican el uso de la violencia como medio para la obtención de ciertos objetivos políticos (Richards, 2011: 144). Sobre esta cuestión, la literatura especializada ha tendido a realizar -aunque en numerosas ocasiones de forma confusa y ambigua- una distinción entre la “radicalización cognitiva” y la “radicalización violenta” (Neumann, 2013; McCauley y Moskalenko, 2014; Hafez y Mullins, 2015). Mientras que, por su parte, la primera estaría referida a una disposición creciente a apoyar y perseguir cambios de gran alcance en la sociedad que entran en conflicto con el orden social existente o suponen una amenaza directa para él, la segunda tendría lugar cuando esta pretensión es acompañada del uso o la justificación de medios violentos (Dalgaard-Nielsen, 2010: 798).

En torno a esta distinción entre ideología y comportamiento violento, ha existido un importante debate en la literatura especializada sobre si una conduce necesariamente a la otra (Jenkins, 2007). En este sentido, ha existido una cierta tendencia a considerar la “radicalización cognitiva” como un paso previo a la “radicalización violenta” (Malthaner,

2017: 387). Partiendo de esta premisa, se ha afirmado que las organizaciones radicales no violentas también representan un riesgo para la seguridad ya que, de un modo u otro, estas se constituyen como una suerte de trampolín que estimula la participación futura del individuo en el fenómeno terrorista (Baran, 2005). En este contexto, por ejemplo, Neumann sostiene que un entendimiento completo de la radicalización exige tener en cuenta tanto la parte cognitiva como comportamental del proceso ya que, sin la primera, la segunda no se entiende (2013: 880). En una línea similar, Alonso esgrime que es precisamente la ideología la que aporta los marcos necesarios para que las personas encuadren sus diagnósticos e interpretaciones sobre la realidad, lo que supone que esta adquiera un papel primordial en el proceso de radicalización (2013: 237).

Otros autores, sin embargo, van a negar la existencia de esta relación al tomar como punto de partida que numerosas personas manejan una ideología radical y solo una ínfima parte de ellas termina por involucrarse en el fenómeno terrorista (Bartlett y Miller, 2010; Borum, 2011; McCauley y Moskalenko, 2014). Asimismo, dentro de este sector doctrinal, también se señala que no todas las personas que participan en este fenómeno tienen un conocimiento excesivamente amplio de la ideología que cohesiona a la organización, pudiendo haberse integrado en la misma por otras razones (Borum, 2012: 9). Crone va incluso más allá al sugerir una relación inversa entre ambas variables. Es decir, para este autor, si se toma en consideración que una buena parte de las personas que se involucran en este fenómeno tienen un pasado delictivo (Basra, Neumann y Brunner, 2016), sería la violencia la que se constituye como una precondition para asumir esta ideología y no al revés (2016: 591).

Según apunta Neumann, lejos de ser una cuestión puramente académica, este debate también ha tenido su plasmación en el diseño de las políticas públicas orientadas a luchar contra la radicalización (2013: 885 y ss.): mientras que, por un lado, puede apreciarse la existencia de un enfoque que postula la necesidad de incidir únicamente sobre la “radicalización violenta” al considerar que la “radicalización cognitiva” es perfectamente legítima en el marco definido por una sociedad plural y democrática, también se puede apreciar la presencia de otro modelo alternativo que esgrime la pertinencia de incidir sobre ambos tipos de radicalización. En este sentido, nótese que, en función del enfoque adoptado, se conceden diferentes grados de protagonismo a los agentes implicados en la lucha contra este fenómeno: si, en el primero, la policía y el Derecho Penal desempeñan una posición de centralidad, en el segundo se concede una importancia decisiva a la utilización de otros instrumentos preventivos, como sería el caso de las contranarrativas. Por su parte, la estrategia *Prevent* en Reino Unido se constituiría como un ejemplo paradigmático en este último sentido ya que, como parte de sus objetivos, se alude a la necesidad de confrontar los idearios que, sin manifestarse abiertamente en favor de la

violencia, pueden servir de base para el reclutamiento y la radicalización por parte de las organizaciones terroristas (Reinares y García Calvo, 2013).

En definitiva, tal y como se ha podido apreciar a lo largo de este apartado, a pesar de incuestionable hegemonía, el concepto de radicalización presenta al menos dos problemas sustanciales que impiden llegar a una definición aceptada universalmente. Si, por una parte, su contenido está necesariamente ligado a lo que se considera como moderado en un contexto determinado, por el otro, tampoco existe un consenso claro sobre cuál debería ser considerado el punto final del proceso, existiendo una importante discusión en la literatura especializada sobre la relación entre ideología y comportamiento violento. En este sentido, las definiciones ofrecidas son, en el mejor de los casos, parciales y limitadas. Por ejemplo, mientras que Alonso define la radicalización como “el proceso en función del cual algunos individuos asumen idearios extremistas llegando a aceptar la justificación y realización de acciones violentas en nombre de una causa” (2009: 31), Rabasa y sus colaboradores señalan que esta hace referencia a un proceso basado en la adopción de un sistema de creencias extremistas que, como medio para perseguir un cambio social efectivo, legitima tanto el apoyo como el uso de la violencia (Rabasa, Pettyjohn, Ghez y Boucek, 2010: 1).

Por su parte, conviene notar que, así entendida, la radicalización no es algo exclusivo del yihadismo sino que, en una dimensión más general, también se puede apreciar en otros fenómenos delictivos (Pisoiu, 2012: 11). Ahora bien, resulta importante advertir que, al margen de algunas excepciones (Pérez Cepeda, 2018; Bentley, 2015), la literatura especializada se ha concentrado de forma predominante en esta modalidad de radicalización, empleándose comúnmente términos compuestos como “radicalización yihadista” o “radicalización islamista”. Por ejemplo, Reinares y sus colaboradores la definen como la “paulatina asunción, en mayor o menor grado, de actitudes y creencias propias del salafismo, que a través de sus diversas expresiones ofrece desde una visión fundamentalista y excluyente del credo islámico hasta una justificación religiosa del terrorismo” (Reinares, García-Calvo y Vicente, 2019: 67). En el caso de Jordán, este autor define la radicalización yihadista como “el proceso mediante el que el individuo incorpora un sistema de creencias que incluye la voluntad de emplear o apoyar activamente la violencia con el fin de alcanzar los objetivos del salafismo yihadista” (2009: 198).

Una vez examinada la definición de “radicalización” y los problemas que esta plantea, resulta ahora necesario dirigir la atención hacia cómo ha sido utilizado este concepto a la hora de articular políticas públicas en esta materia y, sobre todo, si estas son eficientes para prevenir la participación del individuo en la planificación y/o ejecución de actos de terrorismo. En otras palabras, analizar cómo ha sido operativizado este concepto y, sobre todo, las consecuencias que se derivan de su omnipresencia en las estrategias antiterroristas.

2. La prevención del terrorismo a partir de la radicalización

Tal y como se advirtió más arriba, el estudio de la radicalización no ha venido únicamente mediado por un mero interés académico, sino que, a nivel político, este concepto también ha sido utilizado para articular un número significativo de políticas públicas en esta materia, lo que ha propiciado que el concepto adquiera una dimensión operativa y se institucionalice rápidamente (Fernández de Mosteryn y Limón López, 2017: 809). En este sentido, resulta importante notar que, al partir de la consideración de que la participación del individuo en este fenómeno es el producto de una radicalización previa, este marco epistemológico hace posible desarrollar numerosas líneas de intervención antes de que la amenaza llegue a materializarse en la planificación o ejecución de un atentado, residiendo precisamente en este punto uno de sus mayores atractivos (Heath-Kelly, 2012: 5). Es decir, a través de la formulación de toda una serie de indicadores de riesgo, el "discurso sobre la radicalización" ofrecería la posibilidad de intervenir sobre un escenario que todavía no ha sucedido y, por tanto, es desconocido (Mythen, Walklate y Peatfield, 2017: 186).

Ahora bien, antes de analizar si realmente este marco teórico se encuentra en disposición de servir de base para articular políticas públicas que prevengan de forma eficiente la participación del individuo en el fenómeno terrorista, conviene examinar brevemente cuáles son sus fundamentos. En este sentido, numerosos autores han comparado la radicalización yihadista con una suerte de pirámide en la que, mientras que la base está compuesta por un gran contingente de personas que comparten la ideología y los objetivos que dicen perseguir estas organizaciones, la cúspide acogería a un grupo mucho más reducido de individuos que están dispuestos a perseguir tales finalidades mediante el apoyo o el uso de la violencia (McCauley y Moskalenko, 2008; Cano Paños, 2010; Moyano y Trujillo, 2013). Precisamente, para McCauley y Moskalenko, la radicalización no sería otra cosa que ir subiendo a lo largo de esta pirámide (2008: 417). Pero ¿cuáles son los factores que explican el inicio y el desarrollo de estos procesos?

Sobre esta cuestión, tras analizar los cinco modelos dominantes a la hora de aproximarse al estudio de la radicalización (Borum, 2003; Moghaddam, 2005; Wiktorowicz, 2006; Silber y Bhatt, 2007; Sageman, 2008), King y Taylor señalan que todos ellos coinciden en señalar la importancia de dos elementos para explicar por qué ciertos jóvenes occidentales se aproximan a una visión rigorista y excluyente del credo islámico que, a la postre, puede conducir a la planificación y/o comisión de actos relacionados con el terrorismo de inspiración yihadista (2011: 614-615). De un lado, según advierten estos autores, la privación relativa desempeña un papel fundamental en este proceso. Es decir, no se trata de las condiciones materiales experimentadas sino sobre todo de cómo son estas interpretadas, siendo valoradas como el producto de una injusticia. En este sentido, entre las personas que se radicalizan, los sentimientos de enfado y desafección suelen ser comunes, pudiendo provenir de cuestiones como la política exterior de los países

occidentales en el mundo árabe o las situaciones de discriminación vividas por la persona en su país de residencia.

Por otra parte, estos modelos también conceden una importancia decisiva a las crisis de identidad en el desarrollo de los procesos de radicalización. Silber y Bhatt, en una línea muy parecida a la apuntada por Wiktorowicz (2006), hacen referencia a cómo estos procesos suelen ir precedidos de una crisis personal que implica la asunción de una nueva identidad que, por su parte, está muy ligada a una interpretación radical y excluyente del credo islámico (2007: 7). Por otra parte, Sageman también hace alusión a esta cuestión cuando señala en su análisis que la población musulmana en Occidente experimenta frecuentes problemas identitarios (2008: 231). Esto, además, conectaría con el diagnóstico realizado por otros autores (Khosrokhavar, 2003; Roy, 2005; Kepel, 2006) que han señalado que la radicalización tiene lugar frecuentemente entre personas que buscan reconstruir su identidad en un mundo que se percibe como hostil y confuso, algo que sería más frecuente entre las segundas y terceras generaciones de jóvenes inmigrantes que, si bien ya no se sienten parte de la comunidad de sus padres, sufren todo un conjunto de discriminaciones y desventajas económicas en los países occidentales que conducen a un sentimiento de no-pertenencia. En este contexto, sería el islamismo militante el que, para algunas personas, ofrece respuestas a la búsqueda de identidad, dignidad y significado (Dalgaard-Nielsen, 2010: 798).

En resumen, la radicalización ha tendido a ser visualizada por parte de la literatura especializada como el resultado de una combinación entre los sentimientos de privación relativa y la concurrencia de ciertos problemas identitarios. En este punto, precisamente, se situaría la noción de vulnerabilidad y cómo esta, en combinación con la presencia de una ideología radical y ciertos factores situacionales -especialmente en lo que se refiere a los lazos sociales previos (Sageman, 2004)-, no hace sino crear las bases adecuadas para que la persona termine participando en el fenómeno terrorista (Heath-Kelly, Baker-Ball y Jarvis, 2015: 6). En este sentido, Cassam esgrime que, desde esta perspectiva, la radicalización ha sido conceptualizada como una suerte de proceso vírico donde la ideología se constituiría como una partícula infecciosa que, a través de diversos soportes -ya sean reclutadores, libros o cualquier otro medio audiovisual-, es inoculada sobre una población que, debido a cómo interpreta su propia situación, se caracteriza sobre todo por su vulnerabilidad (2018: 195).

Una vez examinados los fundamentos teóricos que nutren este marco epistemológico, conviene notar que, a nivel político, estos han estado especialmente presentes en las estrategias antiterroristas contemporáneas, actuando como una suerte de guía que utilizan los poderes públicos para prevenir la aparición de estos procesos o, en su caso, neutralizar su existencia. Es decir, a través de la asunción acrítica que han realizado los diferentes gobiernos de este discurso, se habría pasado desde una definición académica a un uso

operativo del término. Sobre esta cuestión, sirva como ejemplo que, en el caso español, el denominado Plan Estratégico Nacional de Lucha contra la Radicalización Violenta señala - entre otras muchas cuestiones- que su objetivo no es otro que llegar constituirse como un “instrumento eficaz de detección temprana y neutralización de los brotes y focos de radicalismo violento, actuando sobre aquellas comunidades, colectivos o individuos en situación de riesgo o vulnerabilidad” (Gobierno de España, 2015: 5) o que, en todo caso, se buscará “impedir la propagación de ideologías radicales violentas (Gobierno de España, 2015: 8). Ahora bien, ¿realmente sirven estos elementos para articular políticas públicas que, de forma eficiente, prevengan la participación del individuo en el fenómeno terrorista?

En primer lugar, en relación con el valor de la ideología -ya sea la de tipo salafista o cualquier otra que se caracterice por su radicalidad- para anticipar la participación del individuo en la planificación y/o ejecución de actos violentos, resulta importante advertir que, a pesar de muchas personas manejan estos sistemas de creencias, solo una ínfima parte de ellos termina por involucrarse en el fenómeno terrorista (McCauley y Moskalenko, 2008). Es decir, el salafismo no conduce necesariamente al terrorismo de inspiración yihadista (Roy, 2008: 1). En este sentido, la investigación efectuada por Bartlett y Miller (2010) resulta especialmente interesante ya que, desde una perspectiva empírica, los autores examinan cómo se manifiestan las diferentes variables aludidas más arriba en una muestra compuesta por tres grupos de personas diferentes: sujetos relacionados con actividades relacionadas con el terrorismo yihadista, radicales no violentos que se muestran a favor de cuestiones como la implementación de la *sharia* y, en último lugar, jóvenes musulmanes. En lo que se refiere de forma específica a la ideología, los autores llegaron en sus resultados a la conclusión de que entre el primer y segundo grupo no existían diferencias sustanciales en este punto, aunque sí se podía apreciar en el grupo de los terroristas un conocimiento más simplista y descontextualizado de la religión (Bartlett y Miller, 2010: 9).

En estos términos, al ser una variable compartida por ambos grupos, parece difícil afirmar que, por sí misma, la ideología tiene un valor suficiente como para anticipar la participación del individuo en el fenómeno terrorista y, en consecuencia, articular los programas preventivos sobre este punto. Es decir, como señala Cassam, si se toma en consideración que solo una pequeña proporción de las personas que comparten estas creencias termina participando en hechos violentos, resulta evidente que la “radicalización cognitiva” tiene un escaso poder predictivo (2018: 195). Por otra parte, en referencia a los sentimientos de privación relativa y las crisis de identidad, la situación es muy similar. En este sentido, Lynch advierte que los sentimientos de injusticia no son propiedad exclusiva de los terroristas de inspiración yihadista, sino que, más bien, estos tienen una amplia representatividad entre la población musulmana en general y los jóvenes en particular (2013: 245). De nuevo, el estudio empírico efectuado por Bartlett y Miller resulta esclarecedor ya que, de un modo similar a lo que acontece con el grupo de los terroristas,

los radicales y los jóvenes musulmanes también experimentan importantes sentimientos de enfado con respecto a cuestiones como la política exterior de los países occidentales o se sienten injustamente tratados por el Estado (2010: 6). Por otra parte, las crisis de identidad tampoco son algo demasiado específico ya que, como señala Mythen, Walklate y Petfield, estas son una condición inherente a la vida humana, especialmente entre los más jóvenes (2017: 191).

De este modo, como se puede apreciar, el marco teórico sobre la radicalización señala toda una serie de factores que no solo están presentes en las personas que se involucran en el fenómeno terrorista, sino que, en una dimensión más amplia, también pueden encontrarse con cierta facilidad en grupos más amplios de población, especialmente entre los jóvenes musulmanes. Este hecho, sin duda, vendría en gran parte motivado por el hecho de que, en la inmensa mayoría de casos, la literatura especializada sobre esta materia no ha utilizado grupos de control en el diseño de sus investigaciones, lo que se constituye como un importante déficit metodológico (Fernández de Mosteryn y Limón López, 2017: 910). Es decir, estas investigaciones suelen focalizarse en el estudio de un número muy limitado de casos y, a partir de los mismos, identificar la concurrencia de toda una serie de variables, pero sin tomar en consideración cómo se manifiestan estas en grupos más amplios de población que nada tienen que ver este fenómeno. En estos términos, cuando sí se establece grupos de control -tal y como hacen, por ejemplo, Bartlett y Miller (2010)-, rápidamente se advierte que cuestiones como el hecho de asumir una ideología radical o experimentar sentimientos de privación relativa y crisis de identidad son más comunes de lo que el “discurso sobre la radicalización” parece sugerir.

Ahora bien, esta dificultad para distinguir entre uno y otro grupo no ha impedido que los poderes públicos asuman de forma acrítica este discurso en la formulación de sus respectivas estrategias antiterroristas, lo que a efectos prácticos ha terminado por traducirse en que la vulnerabilidad sea equiparada con la peligrosidad (Heath-Kelly, 2012: 9), con todas las consecuencias que de ello se derivan. En otras palabras, todas aquellas personas que presentan estas variables serían visualizadas dentro de este marco como potencialmente peligrosas, justificándose de este modo un adelantamiento de la barra de intervención que, por su parte, resulta altamente lesivo desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales. Esta forma de proceder, por ejemplo, puede apreciarse claramente en la gestión que ha realizado el sistema penitenciario español de los posibles casos de radicalización que pudiesen darse en este medio. En este sentido, con la finalidad de prevenir la aparición de estos procesos, la población penitenciaria considerada como vulnerable -algo que, por su parte, estaría íntimamente conectado con la religiosidad de la persona- ha sufrido unas mayores medidas de seguridad que recrudecen notablemente la experiencia carcelaria, ya sea a través del aislamiento o mediante la intensificación de las medidas como los recuentos y los cacheos (Fernández Abad, 2020).

De este modo, parece evidente que, más que prevenir la participación futura del individuo en el fenómeno terrorista de una forma eficiente, el “discurso sobre la radicalización” favorece la criminalización de categorías enteras de población, concibiendo a los musulmanes -particularmente a los jóvenes inmigrantes de segunda y tercera generación- como una comunidad intrínsecamente sospechosa (Pantazis y Pemberton, 2009; Hickman, Thomas, Nickels y Silvestri, 2012; Breen-Smyth, 2014).

Además, resulta importante enfatizar que este adelantamiento de la barrera de intervención lleva aparejado la imposición de toda una serie de medidas de seguridad y control que, paradójicamente, contribuyen a acrecentar los sentimientos de vulnerabilidad y enfado que, desde este marco teórico, han sido señalados como una de las causas principales de este proceso. En estos términos, se podría llegar a plantear que este discurso no solo no es válido para prevenir de forma eficiente la participación del individuo en el fenómeno terrorista, sino que, además, también contribuye a crear las condiciones necesarias para que este se perpetúe.

Conclusiones

Tal y como se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo, a pesar de su incuestionable hegemonía, la radicalización se presenta como un concepto especialmente problemático. Si, de un lado, su naturaleza necesariamente relativa impide llegar a una definición universalmente aceptada sobre el término, del otro, tampoco existe un consenso claro sobre cuál debería ser considerado el punto final de este proceso, existiendo una importante discusión en la literatura especializada sobre si el hecho de abrazar unas ideas determinadas conduce inexorablemente al terrorismo. Además, según se ha argumentado, el “discurso sobre la radicalización” tiende a señalar como decisivas todo un conjunto de variables que, por su parte, también se encuentran presentes en grupos más amplios de población, lo que, a efectos prácticos, se traduce en que categorías enteras de población que nada tienen que ver con este fenómeno sean concebidas como potencialmente peligrosas. En este sentido, más que servir de base para la articulación de políticas públicas eficientes en esta materia, queda claro que la radicalización favorece la criminalización de grupos enteros de personas, contribuyendo de este modo a crear las condiciones que, paradójicamente, han sido señaladas como una de las causas de estos procesos.

Por todos estos motivos, parece evidente que, al menos por el momento, la lucha contra el terrorismo de inspiración yihadista no debería seguir estando principalmente sustentada sobre este concepto ya que, tal y como está formulado, favorece un adelantamiento de la barrera de intervención que, además de no estar justificado, facilita el desarrollo de actuaciones que resultan altamente lesivas y discriminatorias. Asimismo, en el campo específico del Derecho Penal, el “discurso sobre la radicalización” estimula la extensión de un modelo de respuesta que, orbitando en torno a la noción de excepcionalidad, trata a sus

destinatarios como enemigos cuya peligrosidad debe ser neutralizada de la forma más temprana posible, independientemente de si el valor de la acción realizada ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma. Frente a ello y tomando en consideración el desdibujamiento de los límites del *ius puniendi* que esto implica, solo cabe postular la necesidad de transitar hacia un modelo que, estando basado en el garantismo penal (Ferrajoli, 1994), penalice únicamente aquellas conductas que resulten más graves y requieran de la intervención indispensable del Derecho Penal.

Fuentes de consulta

- Alonso Pascual R. (2009). "Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de terrorismo yihadista". *Cuadernos de Estrategia*, 141, 21-68.
- Antón Mellón, J. y Parra, A. (2015). "Concepto de radicalización". En Antón Mellón, J. (ed.), *Islamismo yihadista. Radicalización y contraradicalización* (17-37). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Baran, Z. (2005). "Fighting the War on Ideas". *Foreign Affairs*, 84 (6), 68-78.
- Bartlett, J. y Miller, C. (2010). "The Edge of Violence: Towards Telling the Difference Between Violent and Non-Violent Radicalization". *Terrorism and Political Violence*, 24, 1-21.
- Basra, R., Neumann, P. y Brunner, C. (2016). "The Edge of Violence: Towards Telling the Difference Between Violent and Non-Violent Radicalization". *Terrorism and Political Violence*, 24, 1-21.
- Borum R. (2003). "Understanding the Terrorist Mindset". *FBI Law Enforcement Bulletin*, 7, 7-11.
- Borum, R. (2012). "Radicalization into Violent Extremism I: A Review of Social Science Theories". *Journal of Strategic Security*, 4 (4), 7-36.
- Breen-Smyth, M. (2014). "Theorising the suspect community: counterterrorism, security practices and the public imagination". *Critical Studies on Terrorism*, 7 (2), 223- 240.
- Cano Paños, M. A. (2010). *Generación yihad. La radicalización islamista de los jóvenes musulmanes en Europa*. Madrid: Dykinson
- Cassam Q. (2018). "The epistemology of terrorism and radicalisation". *Royal Institute of Philosophy Supplements*, 84, 187-209.

- Coolsaet, R. (2019). "Radicalization: The Origins and Limits of a Contested Concept". En Fadil, N., Koning, M. y Ragazzi, F. (eds.) *Radicalization in Belgium and the Netherlands. Critical Perspectives on Violence and Security* (29-51). Londres: Tauris.
- Crenshaw, M. (1982). "The Causes of Terrorism". *Comparative Politics*, 13 (4), 379-399.
- Crone, M. y Harrow, M. (2011). "Homegrown Terrorism in the West". *Terrorism and Political Violence*, 23, 521-536.
- Dalgaard-Nielsen, A. (2010). "Violent Radicalization in Europe: What We Know and What We Do Not Know". *Studies in Conflict & Terrorism*, 33 (9), 797-814.
- Della Porta, D. (1992). *Social Movements and Violence: Participation in Underground Organizations*. London: JAI Press.
- Ferrajoli, L. (1994). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Fernández Abad, C. (2020). "La doble problemática del terrorismo yihadista en prisión. Una aproximación crítica a la respuesta del sistema penitenciario español". *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 3, pp. 319-339.
- Fernández De Mosteyrín, L.M. y P. Limón López P. (2017). "Paradigmas y prevención del terrorismo: una aproximación al Plan Estratégico Nacional de Lucha contra la Radicalización Violenta (PEN-LCRV 2015)". *Política y Sociedad*, 54 (3) 805-827.
- Ghitens-Mazer, J. (2012). "The rhetoric an reality: radicalization and political discourse". *International Political Science Review*, 33 (5), 556-567.
- Gobierno de España (2015). *Plan Estratégico de Lucha contra la Radicalización Violenta (PEN-LCRV). Un marco para el respeto y el entendimiento común*. Madrid: Secretaría de Estado de Seguridad.
- Hafez M. & Mullins C. (2015). "The Radicalization Puzzle: A Theoretical Synthesis of Empirical Approaches to Homegrown Extremism", *Studies in Conflict & Terrorism*, 38 (11), 958-975.

- Heath-Kelly, C. (2012). "Counter-Terrorism and the Counterfactual: Producing the Radicalisation Discourse and the UK PREVENT Strategy". *The British Journal of Politics and International Relations*, 15 (3), 1-22.
- Hickman, M. J., Thomas, L., Nickels, H. y Silvestri, S. (2012). "Social cohesion and the notion of suspect communities: a study of the experiences and impacts of being suspect for Irish communities and Muslim communities in Britain". *Critical Studies on Terrorism*, 5 (1), 89-106.
- Jenkins B. M. (2007) *Building an Army of Believers: Jihadist Radicalization and Recruitment*. Santa Monica, CA: RAND Corporation.
- Jordán, J. (2009). "Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles", *Revista de Psicología Social*, 2009, 24 (2), 197-216.
- Kepel, G. (2006). *The war of Muslim minds. Islam and the West*. London: Harvard University Press.
- Khosrokhavar, F. (2005). *Suicide bombers. Allah's new martyrs*. London: Pluto Press.
- King M. y Taylor D.M. (2011). "The Radicalization of Homegrown Jihadists: A Review of Theoretical Models and Social Psychological Evidence". *Terrorism and Political Violence*, 23:4, 602-622.
- Kundnani, A. (2012). "Radicalisation: the journey of a concept". *Race & Class*, 54, 3-25.
- Kundnani, A. (2015). *A Decade Lost. Rethinking Radicalisation and Extremism*. London: Claystone.
- Lynch O. (2013). "British Muslim youth: radicalisation, terrorism and the construction of the other". *Critical Studies on Terrorism*, 6:2, 241-261.
- Malthaner, S. (2017). "Radicalization. The Evolution of an Analytical Paradigm", *European Journal of Sociology*, 58 (3), 369-401.
- McCauley C. y Moskalenko S. (2008). "Mechanisms of Political Radicalization: Pathways Toward Terrorism". *Terrorism and Political Violence*, 20:3, 415-433.

- McCauley C. y Moskalkenko S. (2014). “Toward a Profile of Lone Wolf Terrorists: What Moves an Individual from Radical Opinion to Radical Action”. *Terrorism and Political Violence*, 26 (1), 69-85.
- Moghaddam, F. M. (2005). “The Staircase to Terrorism: A Psychological Exploration”. *American Psychologist*, 60 (2), 161–169.
- Moyano, M. y Trujillo, H. (2013). *Radicalización islamista y terrorismo. Claves psicosociales*. Granada: Universidad de Granada.
- Mythen, G., Walklate, S. y Peatfield, E. (2017). “Assembling and deconstructing radicalisation in PREVENT: A case of policy-based evidence making? *Critical Social Policy*, 37 (2), 180-201.
- Neumann P. (2013). “The trouble with radicalization”. *International Affairs*, 89:4, 873-893.
- Neumann P. y Kleinmann S. (2013) “How Rigorous Is Radicalization Research?”. *Democracy and Security*, 9 (4), 360-382.
- Pantazis, C. y Pemberton, S. (2009). “From the old to the new suspect community. Examining the Impacts of Recent UK Counter-Terrorist Legislation”. *British Journal of Criminology*, 49, 646-666.
- Paredes, J. M. (2020). “¿Para qué sirven las estrategias de prevención de la radicalización?”. En Fernández Abad, C. y González León, C. (coord.). *La RES 2178 de NU y su trasposición a los derechos penales nacionales. Propuestas de equilibrio entre la seguridad y los derechos individuales* (201-224), Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pérez Cepeda, A. I. (2018). “Política criminal frente a la radicalización de menores de extrema derecha: ¿un modelo más racional?”. En Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. L., Y Fernández Hernández, A. (Dir.) *Terrorismo, sistema penal y derechos humanos* (649-676), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pisoiu D. (2012). *Islamist Radicalisation In Europe. An occupational change process*. Reino Unido: Routledge.

- Rabasa, A., Pettyjohn, S., Ghez, J. y Boucek, C. (2010). *Deradicalizing Islamist Extremists*. Santa Mónica: RAND Corporation.
- Reinares F. y García Calvo C. (2012). "¿Cómo evitar los procesos de radicalización yihadista en nuestra sociedad?: consideraciones sobre la experiencia británica". *Real Instituto Elcano*, ARI 188/2012, 1-6.
- Reinares F., García-Calvo C. y Vicente A. (2019). *Yihadismo y Yihadistas en España. Quince años después del 11-m*. Madrid: Real Instituto Elcano.
- Richards, A. (2011). "Conceptualizing Terrorism". *Studies in Conflict & Terrorism*, 37, 213-236
- Roy, O. (2005). *El islam mundializado*. Barcelona: Bellaterra.
- Roy, O. (2008). "Al Qaeda in the West as a Youth Movement: The Power of a Narrative". *Centre for European Policy Studies*, 168, 1-8.
- Sageman M (2008). "A Strategy for Fighting International Islamist Terrorists". *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 618 (1), 223-231.
- Sageman, M. (2004). "Understanding Terror Networks". Philadelphia: University of Pennsylvania, 2004.
- Sedgwick M. (2010). "The Concept of Radicalization as a Source of Confusion". *Terrorism and Political Violence*, 22, 479-494.
- Silber M. y Bhatt A. (2007). "Radicalization in the West: The Homegrown Threat". Nueva York: New York Police Department Intelligence Division.
- Veldhuis, T. y Staun, J. (2009). "Islamist Radicalisation: A Root Cause Model". The Hague: Netherlands Institute of International Relations Clingendael.
- Wiktorowicz, Q. (2006). "Radical Islam Rising. Muslim Extremism in the West". Lanham: Rowman & Littlefield.

Enseñanza del Derecho en la Pandemia: La clase Magistral interactiva en la virtualidad

Recibido 08 febrero 2021-Aceptado 26 marzo 2021.

Cristina Cázares Sánchez*

Universidad Nacional Autónoma de México-CDMX
ccazaress@derecho.unam.mx

RESUMEN: La pertinencia de la clase magistral ha sido continuamente cuestionada como estrategia para la Enseñanza del Derecho, en concreto dentro del sistema presencial. Con la emergencia sanitaria a nivel Mundial, este sistema se ha mudado al sistema en línea, predominando las clases sincrónicas como la forma habitual de enseñanza en las Aulas Virtuales. Sin embargo, la estrategia que siguen es la misma de la clase magistral tradicional, por ello, se retoman en este artículo los argumentos, metodología propuestos por varios autores en la Enseñanza Superior, para transformar a la clase magistral en interactiva, donde se rompe el esquema del monólogo, fomentar la participación del alumnado mediante determinadas herramientas tecnológicas. Se propone una estructura de la clase magistral adecuada a la enseñanza en línea

ABSTRACT: The relevance of the master class has been continuously questioned as a strategy for the Teaching of Law, specifically within the face-to-face system. With the health emergency worldwide, this system has moved to the online system, with synchronous classes prevailing as the usual way of teaching in Virtual Classrooms. However, the strategy that they follow is the same as the traditional master class, therefore, in this article the arguments, methodology proposed by various authors in Higher Education, are taken up to transform the master class into interactive, where the monologue scheme disappears and the interactive scheme encourages student participation through certain technological tools. A structure of the master class suitable for emerging online teaching is proposed, it is not a proposal for Distance Learning,

* Profesora Tiempo Completo Facultad de Derecho, UNAM.

emergente, no se trata de una propuesta para la Enseñanza a Distancia, que tiene su propia metodología de enseñanza-aprendizaje.

Palabras Clave: Enseñanza; Pandemia, Clase magistral; Interactividad; TICs; Aulas Virtuales.

which has its own teaching-learning methodology.

Keywords: Teaching, Pandemic, Masterclass, Interactivity, ICTs, Virtual Classrooms.

SUMARIO: Introducción; 1. La clase magistral interactiva; 2. El discurso del docente; 3. La estructura de una clase magistral interactiva; Conclusiones; Fuentes de consulta.

Introducción

Durante muchos años se ha criticado a la clase magistral o tradicional en la enseñanza del Derecho (Witker, 1985) y se debe a una mala fama que se da a partir de una interpretación meramente unilateral de la clase, es decir, la clase magistral es asimilada a un monólogo de duración similar al tiempo institucional de la clase, de allí, que (Amilcar, Laguyás et Palacios, 2011) en la encuesta que realizaron en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Mar del Plata, encontraron los siguientes comentarios:

* La sobreabundancia de clases magistrales a lo largo de toda la carrera. * El método expositivo sin abrir el juego a disentir con los postulados de la cátedra, que genera un clima de aburrimiento, desinterés y hasta hostilidad. * Evaluaciones improvisadas, consignas poco claras y que son redactadas minutos antes del comienzo de la prueba. * La exaltación de la memorización, y por ende el ahogamiento de todo intento de pensamiento crítico. * Las clases donde se leen los códigos o se repiten textuales pasajes de los libros propuestos por las cátedras. * ...la clase netamente teórica... Se pierde atención, la motivación... Mucho más en aquellas en donde el docente se limita a dictar. * El dictado, que no incentiva el pensamiento y no logra alcanzar el conocimiento en su plenitud. (Amilcar, Laguyás et Palacios, 2011: 324)

Por tanto, se asimila a la clase magistral con el dictado, la memorización, lectura de códigos o libros, donde no hay diálogo ni participación activa del alumnado, sin embargo, existe evidencia teórica y práctica para rescatar y reformular la clase magistral, que además se sigue utilizando aún de forma virtual.

En la Escuelas de Derecho la clase magistral expositiva es la forma más recurrente de llevar a cabo las clases, aún en la nueva modalidad híbrida o presencial-virtual o sincrónica, no obstante, aún este modelo unívoco tiene:

...una valoración positiva indica que estos abogados, formados en distintas escuelas de Derecho, consideran como una contribución a su proceso de formación el que determinados académicos fueran oradores interesantes que les dieron a conocer volúmenes importantes de materia... (Elgueta y Palma, 2014: 913)

Así las clases magistrales son funcionales (Charaja, 2014) en el entorno masivo de las Universidades, en especial en las Facultades de Derecho, donde existe abundante demanda. Sin embargo, para estar acordes con un enfoque cognitivo constructivista (Rénes, 2018) no puede continuar con las características unilaterales y se debe convertir en una clase magistral interactiva (Morell, 2014).

Metodología:

Cabe realizarse la pregunta de investigación ¿Cómo adecuar las clases magistrales interactivas dentro de la virtualidad sincrónica derivada de la Pandemia? ¿Qué estrategias y herramientas tecnológicas pueden utilizarse para ello?

Una de las estrategias más recomendadas para adoptar un enfoque centrado en el estudiante es la gamificación (Navas, Rodríguez y Gómez, 2019). Si bien, existe la posibilidad de adoptar diversas estrategias para dinamizar la clase, en los programas de estudio de la licenciatura en Derecho existen temas cuya trascendencia o especialización los convierten en conceptos fundamentales.

Estos conceptos, deben ser abordados por una estrategia como la clase magistral dada por el docente o un experto, no obstante, para evitar caer en la falta de participación del alumnado o un monólogo extenso, existen técnicas para incluir preguntas y fomentar la atención de los estudiantes.

El objetivo del presente, es reflexionar acerca de la pertinencia de la clase magistral interactiva para abordar conceptos jurídicos que el docente considere fundamentales en las sesiones virtuales-presenciales o sincrónicas que se llevan a cabo como consecuencia de la adaptación de los sistemas presenciales de Enseñanza del Derecho por la Pandemia. Lo anterior lo realizó a través de la metodología para una clase magistral interactiva propuesta por San Martín, Heurtebize, Veyrunes y Ría, 2021 que consiste en 1) tiempo de exposición; 2) presentación de la pregunta; 3) trabajo individual y primera votación y 4) trabajo colaborativo y segunda votación y 5) un nuevo tiempo de enseñanza o explicación (P10) y desarrollar una propuesta de interacción en la virtualidad.

En el apartado siguiente procederé a describir la propuesta de clase magistral interactiva adaptada a los ambientes virtuales (AV).

1. La clase magistral interactiva

La primera pregunta que surge es ¿Cuándo utilizar una clase magistral? la pertinencia esta en la Enseñanza del Derecho, sin caer en el modelo tradicional pasivo, pues bien, Elgueta y Palma (2014) realizan una distinción muy clara de las clases magistrales aplicadas en las escuelas de Derecho, a saber:

1. La clase magistral propiamente tal o experta, dadas en el contexto de eventos, congresos, etcétera, son propiamente las conferencias magistrales.
2. Clase magistral expositiva dada por el profesor en el salón de clases sin diálogo
3. Clase magistral de profesores memorables, donde él o la docente tienen una habilidad de exposición e interacción con los alumnos para lograr un ambiente de enseñanza-aprendizaje. (Elgueta y Palma, 2014: 909-914)

La interactividad sólo puede darse en el tercer tipo de clase magistral, se trata de volver trascendente en términos de Elgueta y Palma a la clase.

¿Qué características hacen a una clase magistral traspasar el olvido y quedarse en el aprendizaje, en la memoria del estudiante en Derecho?

Sánchez y Barba (2019:91-93) realizan las siguientes recomendaciones desde la Neurociencia para impartir una clase magistral memorable:

1. Entrar en clase con una sonrisa y energía.
2. Procurar que los estudiantes interactúen entre ellos
3. Producir sorpresa en los estudiantes, debe realizarse al principio
4. Contar historias para despertar la curiosidad
5. No desmotivar
6. Mantener la atención del estudiante, para lo cual proponen no exponer en monólogo más de 15 minutos,
7. Realizar estrategias de aprendizaje, como resolución de problemas cortos, actividad física en intervalos cortos.
8. Formular preguntas a los estudiantes para resolver en lo individual y discutir en grupo. Este punto concuerda con la metodología propuesta por San Martín et al, (2021) en realizar preguntas con una fase de respuesta en lo individual y otra de trabajo colaborativo.
9. Usar ejemplos

10. Tener un buen trato hacia los estudiantes
11. Ayudar a la memorización de conceptos.
12. Combinar imágenes y textos en las diapositivas (si se usan)
13. Practicar meditación en el aula

Si bien, es difícil llevar a cabo todas las recomendaciones tales como estimular el ejercicio físico y practicar meditación, aunque sí puede administrarse el tiempo que los alumnos pasan sentados ya sea en el aula o en dispositivo móvil, una de las prácticas que realiza algunas universidades tales como la Université de Montréal en los seminarios doctorales, es el trabajo de 40 minutos por 15 de descanso cronometrados, ya que la duración institucional de los mismos es de 3 horas la sesión, lo cual coincide con algunos cursos de posgrado en la Escuelas de Derecho.

¿Cómo aplicar estas recomendaciones en un curso virtual sincrónico?

Según la Guía pedagógica para el desarrollo de clases en entornos virtuales (2020) de la Unidad de Innovación Educativa de la Universidad de Santiago de Chile, las clases virtuales no deben superar los 60 minutos (P.10) lo cual coincide con lo establecido por Sánchez y Barba (2019) respecto a la capacidad de atención en intervalos de 15 minutos de exposición unilateral y administración de actividades para lograr 50 minutos de clase magistral interactiva(P:92)

En la Educación a Distancia, propiamente dicha, me refiero no a la derivada de la mudanza virtual de lo presencial ocasionada por la Pandemia, el tiempo tiene una concepción diferente, y lo sincrónico, ocasionalmente es utilizado como un recurso educativo, ya que las actividades asincrónicas permiten:

...un proceso educativo más longevo en el sentido de que la virtualidad favorece la combinación de las diferentes tareas personales-profesionales, familiares, sociales, etc.-a lo largo del ciclo vital, porque distribuye el tiempo de estudio de un modo más flexible que la enseñanza presencial. En segundo lugar, apreciamos la posibilidad, no siempre aprovechada, que nos ofrecen las TIC de seguir un proceso educativo más intenso e interactivo, en el sentido de que proporciona un mayor tiempo de relación didáctica entre profesor y alumnado. (Badia, 2005: P8)

Así, la clase magistral interactiva es aplicable a las sesiones virtuales sincrónicas del sistema presencial *on line*, donde el tiempo es físico o real y debe administrarse para lograr los objetivos del proceso de enseñanza-aprendizaje, donde el tiempo se mezcla simultáneamente con el tiempo de la familia, las actividades cotidianas, el ruido del entorno, en fin, con todas las circunstancias ambientales que envuelven al docente y al alumno, incluyendo el cansancio físico y mental que conlleva estar sentado frente a un

dispositivo tecnológico y la imposibilidad de desarrollar completa atención en todo momento durante sesiones de más de 3 horas diarias.

De acuerdo con Hodelín, Reyes, Hurtado y Batista (2016) pasar de 6 a 8 horas frente a una computadora o dispositivo similar, incluyendo no solo el tiempo de clases sino otras actividades, pueden ocasionar o agravar el riesgo de cáncer, diabetes, problemas cardíacos, obesidad, estrés ocular computacional, desórdenes de tendón, problemas de espalda, cuello y hombros, disminución de la vista, debilitamiento muscular y lesiones por esfuerzo repetitivo. Por tanto, se debe valorar la duración de clases sincrónicas durante el día tanto para el docente como para los alumnos y evitar que circunstancias de salud aparezcan en perjuicio de ambos.

Una estrategia recomendada es seleccionar los temas que serán expuestos en una clase magistral interactiva y alternarla con actividades asincrónicas, que permitan la construcción de ese conocimiento más longevo como se da en la educación a distancia.

Planear una clase magistral interactiva

a) Selección del tema:

El docente elegirá el tema conceptual más adecuado para exponer durante intervalos de máximo 15 minutos de monólogo e interrumpir con actividades.

b) Realización de material audiovisual.

Aunque no es obligatorio, ayuda a la comprensión del tema como lo demuestra el estudio realizado por Ramello (2019). Desde esta presentación se pueden vincular las actividades interactivas que se presentan en los apartados de trabajo individual y el trabajo colaborativo.

c) Selección de la herramienta tecnológica para crear la actividad interactiva, es importante señalar que se recomienda el uso de herramientas gratuitas, alta compatibilidad en diversos dispositivos electrónicos y privilegiar las que utilicen menor cantidad de datos de internet considerando las circunstancias sociales y económicas de los docentes y alumnos.

d) Seleccionar la estrategia didáctica, estructurar las actividades y determinar las tareas que llevarán a cabo los alumnos, considerando el tiempo de la sesión.

e) Determinar las evidencias y el cómo va a evaluar las actividades realizadas durante la clase magistral en el total de la calificación del curso.

Como puede observarse, se trata de una labor docente bastante compleja el preparar una clase de este tipo, por ello no debieran ser cotidianas, es decir, conectarse cada día de clase

como si se estuviese en el sistema presencial con la finalidad de realizar el dictado de los conceptos o solo exponer el tema sin participación de los alumnos o una participación limitada a una o dos preguntas, al final de la clase.

2. El discurso del docente

En la clase magistral el discurso del docente es el centro de la motivación, la exposición central, entonces los argumentos utilizados son esenciales:

Los profesores, comunican no sólo realidades, sino que comunican sus propias experiencias de reconstrucción de esas realidades...

La transmisión de esta experiencia, añadida a la comprensión del contenido, refuerza la comprensión que el profesor busca. Creemos interpretar adecuadamente a Habermas (1979), si afirmamos que él encuentra la clave de la transmisión convincente de la experiencia del profesor en la fuerza ilocutiva de sus actos de habla (Tarabay, 2007: 33)

Una clase magistral interactiva debe realizarse en forma de diálogo, sin embargo, fomentar el diálogo implica planeación y estrategia en el discurso del docente, no es un discurso en forma de monólogo sino un discurso autoadministrado con pausas, con elementos que fomenten la respuesta del oyente, es decir, del alumno:

Para lograr los objetivos de la interacción, además de ser aceptado como interlocutor válido, los participantes tienen que conocer (y aprender en situación) las formas del lenguaje, sus funciones y el contexto constitutivo del encuentro (Tronchoni, Izquierdo, Anguera, 2018: 85)

El lenguaje verbal con los argumentos, entonación, ritmo, pausas y silencios, ayudan al docente a construir un ambiente dentro del aula virtual, por ello se requiere que se tengan dos elementos fundamentales, una iluminación adecuada, así como un audio claro, pero también influye el lenguaje no verbal del docente, por ello la realización de gestos expresa las emociones dentro del aula y puede influir positiva o negativamente en el aprendizaje:

La mirada de los docentes es uno de los canales con mayor potencial expresivo para la manifestación de sus propósitos y sentimientos. Es difícil describir con exactitud la gama de miradas observadas, porque la mayoría de las veces se acompañan con otros recursos expresivos como las cejas, la boca y movimientos de la cabeza... (Shabilico, 2012: 115)

Debido a la postura al impartir clases en línea, donde el docente se encuentra sentado frente a la computadora o cualquier otro dispositivo, se expresa dentro del aula virtual de una forma más específica a su rostro y gesticulación que en una aula física, ya que el resto del cuerpo quita la atención del alumnado hacia la cara tal y como se realiza el enfoque en una videocámara. Por ello, es recomendable observarse al espejo para prevenir interpretaciones distintas de un gesto realizado, que haga perder fuerza a los argumentos del discurso del docente o desvíen la atención.

Respecto a los materiales audiovisuales como las presentaciones multimedia son altamente recomendable para reforzar los argumentos del discurso docente, aun cuando no contengan elementos animados, basta que se cuide la proporción entre imagen, texto, colores e incluso elementos de transición ya que pueden causar desánimo o aburrimiento al alumnado (Maroto, 2008).

3. La estructura de una clase magistral interactiva

¿Qué temas son pertinentes de abordar en una clase magistral interactiva? Los temas del área de especialización o experiencia del Docente, en el ámbito virtual, este tipo de clases deben de plantearse como inicio de una unidad, un nuevo tema, no son un recurso cotidiano para las sesiones sincrónicas, debido al agotamiento que implica tanto para el docente como para el alumnado.

La clase magistral interactiva virtual o sincrónica tendrá como objetivo transmitir ese saber del docente en el tema de su dominio:

...las contribuciones del docente tienen como referente el conocimiento académico del tema, sin olvidar otras informaciones relacionadas con la enseñanza de la lección (formación y experiencia); en cuanto a los estudiantes, su referente son los conocimientos y experiencias previos de que disponen. El control para ajustar momento a momento la producción/comprensión de las contribuciones se ha de ejecutar en el plano de la preparación de lo que se transmite y en el comunicado recibido del interlocutor... (Tronchoni, Izquierdo, Anguera, 2018: 87)

¿Cómo crear el ambiente interactivo en una sesión sincrónica o presencial?

Para lograr el control de ajuste el docente utilizará recursos tecnológicos bajo la metodología de actividades donde el estudiante realice tareas como contestar preguntas breves o reflexione sobre pequeños casos prácticos o ejemplos, las respuestas se pueden obtener en tiempo real mediante aplicaciones tecnológicas gratuitas como *kahoot* o *Answer Garden*. También pueden enlazarse a las herramientas *Moodle* de las Ambientes Virtuales de Aprendizaje (EVA).

Para ello siguiendo la metodología de San Martín, Heurtebize, Veyrunes y Ría, 2021, respecto a una fase de trabajo individual y otra de trabajo colectiva para resolver el cuestionamiento planteado por el docente en la clase. En una sesión sincrónica virtual quedaría aplicado, de la siguiente manera:

A) El trabajo individual

Después de la fase expositiva anteriormente señalada con los elementos discursivos y argumentos vistos. Con una duración recomendada, aunque no exhaustiva de 15 minutos, se realiza la primera dinámica o actividad referida a los conceptos expuestos.

Para ello, puede utilizarse el planteamiento de un breve caso, con opciones de respuesta a través de Kahoot, que se contesta de forma individual o bien, una pregunta directa, contestada por *Answergarden*, de forma directa, personal y anónima que permitirá al docente observar la respuesta más frecuente en tiempo real y a través de la función de compartir pantalla, la podrá mostrar a la clase.

Dependiendo de la respuesta, puede dar una segunda fase expositiva el docente, si la respuesta más frecuente no fue la correcta.

B) El trabajo colaborativo

Una vez concluida la fase individual y la segunda exposición del docente, de ser el caso, se recomienda realizar una segunda actividad en equipo o en grupos, según la plataforma sincrónica que se utilice, que puede complejizarse para trabajar en la discusión de las respuestas de la anterior actividad o bien, en aumentar el objetivo o grado de profundidad de reflexión o aprendizaje (Ramsden, 2003).

Nuevamente pueden volver a utilizarse herramientas tecnológicas, solo que más complejas como un esquema en Google Drive o una breve presentación utilizando cualquier otra herramienta. También puede replantearse la pregunta usando *Kahoot* o *AnswerGarden*.

Dependiendo de las respuestas, el docente puede realizar una nueva fase expositiva del tema.

D) La evaluación y evidencias

Una de las grandes preocupaciones del docente, es la evaluación y los productos que servirán de evidencia para comprobar las actividades del docente, además de la evaluación formativa (García y Nicolás, coord., 2012), estas sirven para asignar una calificación.

Las evidencias de la interacción en clase quedan grabadas en la sesión sincrónica o bien puede establecerse una captura de pantalla, ya que las herramientas tecnológicas en el nivel básico gratuito por lo general no aplican para guardar la evidencia.

E) Fase de conclusión y plenaria

Por último, se debe realizar una actividad de cierre o conclusión en plenaria para retomar las dudas y diferencias entre las respuestas obtenidas en la fase de trabajo individual y en la fase de trabajo colaborativo.

Conclusiones

La clase magistral interactiva es un recurso funcional para la Educación en Línea derivada de la emergencia sanitaria, aun cuando podría clasificarse de tradicional este método de enseñanza, con la pausas, argumentos, lenguaje no verbal y estrategias de aprendizaje diseñadas por el docente, se puede fomentar la participación del estudiante para lograr un acercamiento cognitivo a los conceptos del Derecho, en particular, aquéllos que requieren de un grado de memorización por pertenecer a la teoría dogmática del Derecho.

La clase magistral permite conocer el enfoque del docente pero enriquecerlo con la participación de los alumnos, a través de la transmisión de emociones, sentimientos, experiencia y vivencias de los profesores que las imparten, por ello, esta estrategia puede, más allá de la transmisión del conocimiento de una clase magistral tradicional, trascender en un aprendizaje social para el alumnado como: recursos de oratoria, posturas y manejo de emociones a partir de la observación hacia los enseñantes.

Este tipo de estrategia se debe reservar a los temas que son áreas de especialización de los docentes, para darle un enfoque profundo de análisis y reflexión a los ejercicios de participación de los aprendientes, por ello, las clases magistrales interactivas son una más de las posibilidades en el abanico de estrategias docentes, no deben convertirse en la forma habitual en las clases en línea dentro del contexto mundial actual.

Fuentes de consulta

- Amilcar, María Julia, María Martha Laguyás y Leonardo P. Palacios (2011) Posibilidades Metodológicas en la Enseñanza del Derecho, ANALES N° 41 Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.n.l.p. pp 317-328
- Badia, Antoni (2005) El uso educativo de las aulas virtuales emergente en la educación superior, Revista de la Universidad y Sociedad del Conocimiento, vol 2, n2.
- Charaja Cutipa, Francisco (2014) Vigencia de la clase magistral en la universidad del siglo XXI, Apuntes Universitarios, Revista de Investigación, Universidad Peruana, vol. IV, núm 1, enero-junio, pp. 57-66.
- García y García, Noemí y Nicolás Mora, Rosa María, Coord. (2012) El enfoque formativo de la evaluación, Serie: Herramientas para la evaluación en educación básica, SEP. pp. 67.
- Elgueta Rosas, María Francisca y Palma González, Eric Eduardo (2014) Revista Chilena de Derecho, vol 41, N3, pp. 907-924.
- Hodelín Hodelín, Yasnay, De los Reyes García, Zaida, Hurtado Cumbá, Gleidis, Batista Salmon, Milton (2016) Riesgos sobre tiempo prolongado a un ordenador, Revista de Información Científica (Internet), 175-190. Recuperado de <http://www.revinfocientifica.sld.cu/index.php/ric/article/view/149/1447>
- Maroto Marín, Orlando (2008) El uso de las presentaciones digitales en la educación superior: una reflexión sobre la práctica, Revista Electrónica "Actualidades Investigativas en Educación", vol 8, núm 2, mayo-agosto, pp. 1-21.
- Morell Moll, Teresa (2014) La interacción en la clase magistral, Universidad de Alicante, España.
- Ramello, Ames. P.P. (2019) El uso de materiales audiovisuales y recursos digitales en la docencia universitaria: una experiencia de innovación a nivel de posgrado en Perú, Revista de docencia universitaria, vol 17(1) enero-junio, pp. 167-182.

- Ramos Navas Parejo M., Rodríguez García, M.A., Gómez García, G. (2019). La gamificación en el aula universitaria. Una metodología activa e inclusiva. Percepciones por parte del alumnado universitario, Investigación e innovación en la Enseñanza Superior: Nuevos contextos, nuevas ideas / coord. por Rosabel Roig Vila, 2019, ISBN 978-84-17667-23-8, págs. 669-678.
- Ramsden, Paul. (2003). Learning to Teach in Higher Education, 2nd Edition, RoutledgeFalmer. pp. 288.
- Renés Arellano, Paula (2018). Planteamientos de los Estilos de Enseñanza desde un enfoque cognitivo constructivista. Tendencias pedagógicas, ISSN 1133-2654, N° 31, 2018, págs. 47-68.
- San Martín, Julia, Heurtebize Sylvia, Veyrunes Philippe, Ría Lucía (2021) Convergences et divergences entre l'activité des enseignants et celle des étudiants lors de cours magistraux interactifs: une étude exploratoire, en prensa.
- Sánchez-Carracedo, Fermín y Barba Vargas, Alejandra (2019) Como impartir una clase magistral según la neurociencia, Actas de la Jenui, vol 4, pp. 87-94.
- Shablico, Sandra (2012) La comunicación no verbal en el aula, un análisis en la enseñanza disciplinar, Cuadernos de Investigación Educativa, vol 3, núm 12, pp. 99-121.
- Tarabay, Fanny. (2007). Estrategias argumentativas en el discurso docente de la clase magistral universitaria, Gestión y Gerencia, Revista Científica, Decanato de Administración y Contaduría, Universidad Centroccidental "Lisandro Alvarado", pp. 27-37.
- Tronchoni, Héctor, Izquierdo, Conrad, Anguera, María Teresa. (2018). Interacción participativa en las clases magistrales: Fundamentación y construcción de un instrumento de observación, Publicaciones, 48(1), pp. 81-108.
- Unidad de Innovación Educativa (2020) Guía pedagógica para el desarrollo de clases en entornos virtuales, Universidad de Santiago de Chile.

Los derechos de autor en el ámbito digital. Un necesario sistema de equilibrio de libertades en México

Recibido 02 marzo 2021-Aceptado 26 abril 2021.

José Joaquín Piña Mondragón*

Centro de Ingeniería y Desarrollo Industrial-CONACyT
jpina@conacyt.mx

RESUMEN: El presente artículo analiza los principales instrumentos jurídicos que con ocasión de la entrada en vigor del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), requirió la armonización de diversas disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), con el propósito de adaptar las nuevas formas de almacenamiento, puesta a disposición y comunicación pública de obras protegidas por derechos de autor a través de canales digitales que han facilitado el acceso a los contenidos de manera abierta a través de internet y prácticamente sin restricciones, abriendo con ello una nueva era en materia de protección de los derechos de autor y el uso de obras en el entorno digital en México. Sin embargo, la regulación de

ABSTRACT: This article analyzes the main legal instruments that, on the occasion of the entry into force of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) and United States, Mexico and Canada Agreement (UMSCA), required the harmonization of various provisions of the Federal Copyright Law (LFDA), with the purpose of adapting the new forms of storage, making available and public communication of works protected by copyright through digital channels that have facilitated access to the contents in a manner open through the internet and practically without restrictions, thus opening a new era in terms of copyright protection and the use of works in the digital environment in Mexico. However, the regulation of content through digital media implies important challenges

* Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigador Cátedra CONACyT en el Centro de Ingeniería y Desarrollo Industrial. Investigador Nacional nivel I del SNI.

contenidos a través de medios digitales implica retos importantes para garantizar las libertades y derechos fundamentales de los usuarios y para proteger de forma efectiva los derechos de los autores respecto de sus obras que circulan en internet. De no existir el equilibrio necesario entre ambos derechos, los fundamentos de la sociedad de la información no se sostendrán, ni tampoco el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

Palabras clave: ámbito digital, derechos de autor, sociedad del conocimiento, TIC.

to guarantee the fundamental freedoms and rights of users and to effectively protect the rights of authors with respect to their works that circulate on the internet. In the absence of the necessary balance between both rights, the basis of the information society will not be sustained, nor will the development of information and communication technologies (ICT).

Keywords: digital environment, copyright, knowledge society, TIC.

SUMARIO: Introducción. 1. Marco jurídico que regula las formas de uso de las obras y contenidos en el ámbito digital en México. 2. Derechos de autor y TIC. 3. La protección de los derechos de autor frente a los derechos y las libertades fundamentales de los usuarios en el ámbito digital. Conclusiones. Fuentes de Consulta.

Introducción

En el contexto de la actual sociedad de la información y del conocimiento en que vivimos un tema fundamental es la protección de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito digital. Lo anterior ante la facilidad que representa para los usuarios de internet acceder a cualquier tipo de información y contenidos de manera abierta que, en muchas ocasiones, implica la vulneración de los derechos intelectuales de los autores respecto de sus obras y contenidos.

Ya los primeros *gurús* de internet predecían la creación de una comunidad global más abierta, en la que la información y el conocimiento se compartirían e intercambiarían en el ciberespacio a través de una red interconectada de millones de ordenadores y usuarios en el planeta.

Todos estos progresos auspiciados por la emergencia de las TIC nos acercan a ese objetivo en la sociedad del conocimiento, un paradigma de organización cultural, económico, industrial y social, caracterizado por la eliminación de las barreras naturales del tiempo y el espacio, que ha hecho posible el acercamiento de personas y sociedades anteriormente lejanas, a la información como su principal insumo.

Actualmente, se considera que una sociedad es más abierta, democrática y avanzada, en la medida que permite mayor difusión de la información y contenidos de manera

instantánea. De esta forma, la información se constituye en la materia prima para el desarrollo de la sociedad del conocimiento.

En efecto, en la medida que se divulga más cantidad de contenidos e información, aumenta el interés de los usuarios de las redes digitales para acceder a ellos, al tiempo que se incrementan las herramientas tecnológicas para poner a disposición de manera gratuita e instantánea las obras. Esa es precisamente una de las principales razones del incremento en la demanda de redes de alta velocidad y dispositivos móviles, que permiten acceder en prácticamente cualquier lugar y momento a animaciones, videos, textos, recursos musicales, programas de cómputo, código fuente, íconos, gráficos y diversas obras digitales que se almacenan y comparten a través de internet.

Al respecto, surge la problemática respecto a ¿cómo garantizar el equilibrio y estabilidad necesarios entre la protección de los derechos de los autores con relación a sus obras que circulan en internet y los derechos y libertades fundamentales de los usuarios que acceden a ellas, como el derecho a la información, libertad de expresión y de internet?, ambos derechos reconocidos en acuerdos internacionales y legislaciones nacionales. Responder esta interrogante en el entorno digital se convierte en un tema complejo; máxime si tomamos en cuenta que ese sistema de equilibrio deriva de uno de los pilares fundamentales del derecho de autor, como es la difusión cultural mediante el acceso a las obras (Guerra y Hernández, 2021: 15).

De esta forma, la investigación consta de tres apartados, el primero, relativo al análisis del marco jurídico que regula las formas de uso de las obras y contenidos que circulan en el entorno digital, haciendo un recorrido por las principales regulaciones internacionales, como los Tratados de Internet de la OMPI, e iniciativas como SOPA, PIPA y ACTA, hasta llegar a las disposiciones contenidas en TIPAT y T-MEC, que fueron recogidas en un proceso de armonización legislativa con la reciente reforma a la LFDA en México, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 1 de julio de 2020. Lo anterior nos permitirá en un segundo apartado, centrar el análisis en torno a la relación existente entre los derechos de autor y las TIC, a efecto de plantear, en el tercer apartado, la necesidad de una relación equilibrada entre la protección de los derechos de autor de los creadores frente a las libertades fundamentales de los usuarios de contenidos en el entorno digital, que giran en torno al derecho de acceso a la información, la educación, la libertad de expresión y de internet.

1. Marco jurídico que regula las formas de uso de las obras y contenidos en el ámbito digital en México

Con la evolución vertiginosa de los avances tecnológicos, surgieron los primeros tratados para regular las relaciones entre los autores y los usuarios de obras en el ámbito digital. Así, las primeras reformas legales tendientes a establecer soluciones ante los nuevos desafíos que plantea la evolución de los avances tecnológicos frente a los derechos de autor se produjeron en el contexto internacional.

Al respecto, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), adoptado en Marrakesh el 15 de abril de 1994, en el marco de la Ronda Uruguay (1986-1994) por la que se crea la Organización Mundial de Comercio (OMC), incorporó como propios los principios fundamentales establecidos por el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas; y de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; a los cuales añadió el principio de nación más favorecida, característico del sistema multilateral de comercio.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en respuesta a la primera oleada que trajo consigo internet y la emergencia de las tecnologías digitales, en diciembre de 1996 celebró una Conferencia Diplomática para diseñar el marco jurídico internacional que permitiera enfrentar los nuevos desafíos que las TIC planteaban respecto a la protección de los derechos intelectuales.

En el marco de dicha Conferencia, los Estados participantes suscribieron dos acuerdos internacionales: a) el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), que entró en vigor el 6 de marzo de 2002 y b) el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (TOIEF), que entró en vigor el 20 de marzo del mismo año y de los cuales México es Parte.

Ambos instrumentos denominados “Tratados de Internet”, son resultado de la necesidad de adaptar y proteger los derechos de autor en el ámbito digital. Su trascendencia estriba en la actualización de la protección internacional de los derechos de autor y conexos con relación a la denominada “agenda digital”. En particular, la diseminación de contenidos protegidos en redes digitales y la mejora de los medios para su protección a nivel mundial.

La aportación concebida en ambos acuerdos consistió en el establecimiento de un nuevo derecho exclusivo conocido como “puesta a disposición”, que el artículo 10 del TOIEF refiere como

el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Este derecho comprende, por un lado, la puesta a disposición a través de medios digitales y, por otro, el empleo de medios tecnológicos que permitan proteger los derechos de autor en el ámbito digital. Por su parte, el TODA dio libertad para que las legislaciones de cada Estado caracterizaran este nuevo derecho, ya sea como comunicación al público o distribución, o incluso mediante una combinación de derechos preexistentes (OMPI, 2015: 2).

En concreto, los Tratados de Internet actualizaron los principios jurídicos para sustentar la protección internacional de los derechos autorales y conexos en el entorno digital;

estableciendo los parámetros para la creación de un sistema más equilibrado de protección en rubros como la transmisión interactiva de contenidos, limitaciones al derecho de autor y promoción de tecnologías que faciliten la distribución y uso de contenidos creativos.

De esta forma, en el preámbulo de las Declaraciones concertadas relativas al TODA, la OMPI reconoció el impacto de las TIC en la producción y distribución de contenidos, introduciendo soluciones frente a los retos planteados a partir de la revolución tecnológica que trajo consigo el internet.

a) Tratado de la OMPI sobre derecho de autor

Este Acuerdo reformuló lo establecido por la OMPI en la revisión del Convenio de Berna del 24 julio de 1971, cuando la posibilidad de digitalización y el uso de las nuevas TIC se encontraban en una fase inicial.

La nota 1 del artículo 1 del Acuerdo, dispone que el derecho de reproducción y las excepciones al mismo, también son aplicables a la utilización de obras en el entorno digital, entendiendo que el almacenamiento en un soporte electrónico de obras protegidas implica un acto de reproducción en términos del artículo 9 del Convenio de Berna. En el mismo sentido, el artículo 4 asimila la protección de los programas de cómputo, cualquiera que sea su modo o forma de expresión, como obras literarias en términos del artículo 2 del Convenio de Berna.

Por su parte, el artículo 8 reconoce el derecho exclusivo de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar cualquier comunicación pública de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, desde el lugar y en el momento que elijan. De lo anterior, podemos desprender que el almacenamiento en forma digital, aunque sea de carácter temporal, implica un acto de reproducción, en tanto que la puesta a disposición constituye en sí misma la comunicación pública de las obras.

El artículo 11 deja la posibilidad para que cada Parte, en el marco del Acuerdo, pueda adoptar las medidas de carácter tecnológico para restringir aquellos actos que no se encuentren autorizados por los autores o permitidos por la ley. Al respecto, el artículo 12 dispone que las Partes establecerán las medidas contra aquella persona que “suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos”; y respecto al que distribuya ejemplares de una información electrónica sobre gestión de derechos a sabiendas de que ésta ha sido suprimida o alterada sin autorización y la distribuya, emita o comunique al público.

Finalmente, el artículo 14 compromete a las Partes contratantes a disponer las medidas necesarias para asegurar la plena aplicación del Tratado y establecer los procedimientos para la observancia de los derechos, adoptando medidas eficaces para disuadir cualquier actividad que infrinja los mismos.

b) Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas

Al igual que TODA, este Acuerdo destaca su independencia con relación a otros instrumentos multilaterales en materia de protección de la propiedad intelectual. Dicha situación atiende al interés de las Partes por puntualizar que una eventual inobservancia no daría lugar a sanciones por parte de la OMC (Rubí, 2007: 101).

Un aspecto a destacar de este tratado es el relativo al reconocimiento de los derechos patrimoniales de los productores de fonogramas para autorizar la reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición al público de sus fonogramas, que en términos de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, sólo tenían reconocidos derechos patrimoniales respecto a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.

Asimismo, el artículo 16 del TOIEF dispone que las Partes podrán establecer en sus respectivas legislaciones las mismas limitaciones o excepciones previstas para la protección de los derechos de autor de las obras literarias y artísticas, respecto de la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

Por otro lado, este Acuerdo de manera diversa al TODA, definió la “puesta a disposición” como un derecho autónomo. En ese sentido, en la Declaración concertada relativa al artículo quince del Tratado, se determinó la imposibilidad de alcanzar una solución completa acerca del nivel de protección de los derechos de radiodifusión y comunicación al público que deben disfrutar los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en el ámbito digital. Debido a la falta de consenso, los Estados Miembros decidieron dejar de lado dicha situación para resoluciones posteriores (OMPI, 2015: 3).

De esta forma, frente a la dificultad de prever las diversas modalidades de explotación de contenidos que surgen con el avance tecnológico, se ha buscado alcanzar determinado grado de regulación en el entorno digital, estableciendo marcos legales que regulen el flujo de información en línea como se hace en otros medios, como la radio y la televisión.

Al respecto, las propuestas para regular y monitorear el uso de internet fueron cobrando relevancia en el mundo con la presentación de iniciativas y acuerdos como la iniciativa de Ley contra la piratería en línea (*Stop Online Piracy Act - SOPA*), el proyecto de Ley para la prevención de amenazas en línea a la creatividad económica y el robo de la propiedad intelectual (*Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act - PIPA*), el Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (*Anti-Counterfeit Trade Agreement - ACTA*), y otras regulaciones de carácter más bien regional de las que México sí es Parte, como el TIPAT y el T-MEC, entre otras, frente a las cuales los usuarios han sido los principales defensores de sus derechos de libre acceso a la información, libertad de expresión y acceso a internet, por la importancia que representa en la actualidad el compartir información y contenidos digitalmente, llevándolos a organizar auténticas acciones colectivas a través de las redes sociales para la defensa del ejercicio de libre acceso a la información que circula en internet.

En ese sentido, la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas (ONU) declaró el acceso a Internet como un derecho humano, en los siguientes términos: "La única y cambiante naturaleza de Internet no sólo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el progreso de la sociedad en su conjunto". Al respecto, especificó que este derecho humano se viola de las siguientes formas: "a) con el bloqueo o filtros de contenidos; b) desconectando el acceso de manera premeditada o con ciberataques; y c) al no proteger el derecho de privacidad y la protección de datos en internet." (ONU, 2011: 14).

c) Ley contra la piratería en línea (SOPA)

La iniciativa de Ley H.R.3261 contra la piratería en línea, fue propuesta por Lamar S. Smith, presidente del Comité Judicial de la Cámara de Representantes al Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica el 26 de octubre de 2011, con el propósito de disuadir la piratería de obras, persiguiendo las descargas ilegales de contenidos protegidos por *copyright* que circulan en internet. Lo anterior a través de diversas acciones como la restricción de las redes de publicidad en línea y los mecanismos de financiamiento de páginas web infractoras, e incluso autorizar a los proveedores de servicios de internet (PSI) para bloquear el acceso a sus páginas.

Dicho proyecto de ley consideraba como delito grave la transmisión no autorizada de contenidos protegidos con copyright, facultando al Departamento de Justicia de los Estados Unidos para solicitar órdenes judiciales e inhabilitar páginas web, incluso fuera de la jurisdicción de dicho país, al igual que obligar a los motores de búsqueda a eliminar los enlaces a sitios infractores.

Desde que se dio a conocer esta iniciativa surgieron opositores que la consideraron una amenaza directa a la libertad de expresión, de acceso a la información y de internet, al contemplar el bloqueo para acceder a un dominio completo por una sola infracción en una página web, situación que generó diversos reclamos que provocaron que sitios como eBay, Amazon, Wikipedia y Twitter suspendieran temporalmente sus páginas en protesta a esta iniciativa.

d) Ley para la prevención de amenazas en línea a la creatividad económica y el robo de la propiedad intelectual (PIPA)

Este proyecto de ley fue presentado el 12 de mayo de 2011 ante el Congreso estadounidense por parte del senador Patrick Leahy, con el propósito de brindar a las autoridades y a los titulares de copyright la posibilidad de restringir el acceso a usuarios de páginas web que permitieran el almacenamiento o transmisión de copias ilegales o tecnología que facilitara la evasión de las medidas tecnológicas de protección y la información sobre la gestión de derechos.

Los opositores a este proyecto argumentaron que la iniciativa atentaba contra la libertad de expresión e información de los usuarios de internet, al permitir implementar herramientas para eliminar o inhabilitar el acceso a la página web que almacenara contenido protegido por copyright sin autorización del titular (desde textos, imágenes letras de canciones, fotografías, etc.). En términos generales, las disposiciones de PIPA son similares a las de SOPA (Hernández, 2017: 6).

e) Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (ACTA)

Este Acuerdo constituye un cuerpo normativo de carácter multilateral para la protección de los derechos de propiedad intelectual contra la falsificación de productos y la piratería de obras que circulan en internet, involucrando a los PSI en la disuasión de conductas como la descarga, transferencia e incluso la visualización de contenidos sin el pago de las regalías correspondientes.

En el año 2007, México se sumó a las negociaciones de este Tratado junto con los gobiernos de Australia, Canadá, Corea, Japón, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza, Estados Unidos de Norteamérica y representantes de la Unión Europea, para posteriormente, ser firmado por el Ejecutivo en julio de 2012. Sin embargo, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión rechazó la firma al considerar que dicho instrumento vulneraba derechos humanos como la libertad de expresión y acceso a la información contemplados en la Constitución.

f) Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT)

El también llamado TPP-11, debido a los 11 países de la región Asia-Pacífico que lo integran, constituye uno de los acuerdos comerciales de mayor relevancia que México ha suscrito en los últimos años. La importancia de este instrumento con relación a la protección de los derechos de autor y conexos en el ámbito digital, estriba en el reconocimiento de las llamadas Medidas Tecnológicas de Protección (MTP), previstas en el artículo 18.68 y la Información sobre la Gestión de Derechos (IGD) que establece el artículo 18.69, sendas disposiciones fueron incluidas en el Capítulo 18 de Propiedad Intelectual del Acuerdo, con el objeto de implementar tecnologías que permitan a los autores, artistas, intérpretes, ejecutantes o productores de fonogramas controlar de una manera más efectiva el acceso a sus obras y contenidos protegidos por derechos de autor y conexos, además de incluir información respecto a los términos y condiciones para su utilización en el entorno digital.

De igual forma, con el propósito de facilitar la observancia de los derechos de autor en internet y evitar alteraciones injustificadas al comercio en el entorno digital, el artículo 18.82 del Acuerdo, contempla incentivos legales a los PSI para cooperar con los titulares de los derechos de autor en disuadir el almacenamiento y la transmisión no autorizadas de sus obras y contenidos, de manera que si formulan una reclamación legal satisfactoria de infracción al derecho de autor, puedan obtener la información que el PSI posea de manera

expedita que les permita identificar al presunto infractor y, en su caso, iniciar las acciones legales correspondientes.

Al respecto, conviene señalar que algunos Estados han optado por establecer regulaciones para establecer puertos seguros a los PSI y dotar de herramientas a los titulares para proteger sus derechos de autor, en el caso de Estados Unidos, por ejemplo, con la *Digital Millenium Act*, y en la Unión Europea, con la Directiva 98/34/CE. Si bien estos modelos optaron por un mecanismo de protección más restrictivo, también puede generar abusos por parte de los PSI, afectando en determinado momento, el derecho a la privacidad, la libertad de expresión y el acceso a la información de los usuarios (Téllez, 2016: 236 y 237).

g) Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)

El 1 de julio de 2020 entró en vigor el T-MEC, en sustitución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), con el propósito de establecer una zona de libre comercio de conformidad con los artículos XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).

En materia de derechos de autor, este instrumento recoge varias de las disposiciones del TIPAT contenidas en el Capítulo 18, para plasmarlas en el Capítulo 20, con relación a la protección de los derechos de autor y conexos en el entorno digital. En ese sentido, el artículo 20.67 establece que cada Parte dispondrá los procedimientos administrativos y sanciones penales aplicables a quienes eludan las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos que los titulares de derechos de autor y conexos empleen con relación a sus obras, interpretaciones y ejecuciones de fonogramas.

De igual forma, el artículo 20.89 involucra a los PSI a través de “incentivos” para cooperar con los titulares de derechos de autor en inhibir el almacenamiento y transmisión no autorizada de materiales protegidos por derechos de autor, incluyendo el retiro e inhabilitación del acceso a materiales alojados en sus sistemas o redes cuando tengan conocimiento cierto de la infracción al derecho de autor.

Al respecto, el T-MEC establece un mecanismo de notificación al presunto infractor cuyo material es removido o inhabilitado, teniendo éste la posibilidad de solicitar al PSI que restaure dicho material a través de una contra-notificación. En todo caso, los tres países Miembros asumieron el compromiso de incorporar en su legislación interna sanciones de carácter económico contra la persona que con el conocimiento de que realiza un señalamiento falso a través de una notificación o contra-notificación, lesione los intereses de cualquier parte interesada con motivo de que el PSI se haya apoyado en esa falsa notificación, para remover o inhabilitar el contenido presuntamente infractor o lesionar los derechos de los titulares.

Cabe destacar que estas disposiciones fueron recogidas con las recientes reformas a la LFDA en México, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 1 de julio de 2020, mismas que por su trascendencia, analizamos a continuación.

h) Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA)

Con la entrada en vigor del TIPAT, T-MEC y las recientes reformas a la LFDA, publicadas en el DOF del 1 de julio de 2020, se abre una nueva era en materia de regulación y protección del uso de obras y contenidos en el ámbito digital en México.

En ese sentido, la LFDA recogió las disposiciones contenidas en el Capítulo 18 del TIPAT y 20 del T-MEC, incorporando la remoción de obras y contenidos presuntamente infractores de derechos de autor y conexos, a través de un procedimiento que en la práctica se denomina como “*notice and take down*”, que no es más que el descrito en el artículo 20.89 del T-MEC referente a la “notificación y contra-notificación”.

Este procedimiento de aviso y contra-aviso establecido en el artículo 114 Octies de la LFDA, “incentiva” a los PSI para cooperar con los titulares en la disuasión del almacenamiento y la transmisión no autorizadas de materiales protegidos por derechos de autor y conexos. En concreto, el aviso que reciba el PSI por parte del titular para eliminar el acceso a contenidos habilitados o transmitidos sin su consentimiento debe al menos contener los siguientes requisitos:

- a) Nombre del titular o representante legal y medio de contacto para recibir notificaciones.
- b) Identificar el contenido de la infracción reclamada.
- c) Manifiestar el interés o derecho con respecto a los derechos de autor, y
- d) Especificar los datos de la ubicación electrónica a la que se refiere la infracción reclamada (LFDA, artículo 114 Octies).

Al respecto, llama la atención que en ninguno de estos cuatro requisitos que establece la Ley con relación al aviso que presenta el titular o alguna persona autorizada para actuar en su representación, se hace referencia a la manera en que acreditará quien presente el aviso ante el PSI, la supuesta infracción que justifique la retirada del contenido, por lo que este último simplemente deberá remover, retirar, eliminar o inhabilitar el acceso al material supuestamente infractor, incluso sin contar con elementos de prueba.

Por su parte, el usuario cuyo contenido fue eliminado, tiene la posibilidad a través de un contra-aviso de solicitar al PSI la restauración del contenido, debiendo demostrar para ello la titularidad o autorización con que cuenta para ese uso específico del material removido o, en su caso, justificar su uso conforme a las limitaciones o excepciones a los derechos que la misma Ley prevé.

Por otro lado, la reforma tampoco especifica la manera en que el titular o su representante que presenten el aviso al PSI acreditará su personalidad, por lo que, en la práctica, pudieran darse supuestos en que cualquier persona suplantando la identidad del

titular o representante, presenten el aviso al PSI sin previamente comprobar la titularidad o representación respecto del contenido removido o inhabilitado.

Con relación a este procedimiento de notificación y contra-notificación, no pasa desapercibido que el artículo 232 quinquies prevé la imposición de multas para quien realice una falsa declaración de aviso o contra-aviso, que afecte a cualquiera de las partes interesadas debido a que el PSI se basó en la misma, ya sea para remover el contenido, o bien, para rehabilitarlo a través del contra-aviso.

Otro de los aspectos relevantes sobre los que versa la reforma a la LFDA, respecto a la protección de las obras en el ámbito digital, es la relativa a la incorporación de las Medidas tecnológicas de protección o candados digitales que permitan controlar de manera más efectiva el acceso a una obra o contenido. En ese sentido, la ruptura de estos candados supone una conducta ilegal y se encuentra sujeta a la imposición de multas.

De igual forma, a través de la información sobre la gestión de derechos o “huella dactilar” de las obras, será posible identificar plenamente a la obra, su autor y al titular de cualquier derecho sobre los mismos, así como obtener información respecto de los términos y condiciones de utilización de las obras.

Finalmente, vale la pena mencionar que el 3 de agosto de 2020 la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), presentó acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), con relación a algunos artículos de la reforma a la LFDA, por considerar que violan derechos fundamentales como la seguridad jurídica, libertad de expresión y debido proceso. De manera particular, con relación al artículo 114 Octies, fracción II, inciso a), por considerar que vulnera la seguridad jurídica al no precisar los alcances de remover, retirar, eliminar e inhabilitar aquellos contenidos presuntamente infractores de los derechos de autor y conexos ni proporcionar los lineamientos mínimos para que los destinatarios de la norma, conozcan los supuestos en que podrá operar alguna de éstas, pudiendo generar que los PSI de manera discrecional y arbitraria lleven a cabo estas acciones en perjuicio de los usuarios de internet.

En efecto, la CNDH considera que las reformas a la LFDA que derivaron del proceso de armonización legislativa que tuvo lugar con la entrada en vigor del T-MEC, podrían vulnerar derechos fundamentales con relación al mecanismo de aviso y retirada de información alojada en los sistemas o redes de los PSI que se considere presuntamente infractora de derechos de autor, lo cual puede generar censura de opiniones y la libre circulación de las ideas a través de internet debido a una deficiente regulación en la que incluso no se refiere la manera en que la persona que presenta el aviso acreditará el interés jurídico o la titularidad de los derechos de autor presuntamente infringidos. Aunado a lo anterior, no se establece con precisión aquellos elementos que el PSI valorará y tomará en cuenta para determinar si efectivamente se cometió la infracción denunciada.

En ese sentido, la Comisión advierte que se genera incertidumbre con relación a la forma en que la persona que formula un aviso respecto al contenido presuntamente infractor

demuestre tener interés jurídico o bien ser titular del derecho presuntamente infringido, configurando una especie de sistema aparentemente probatorio en el cual existe un total desequilibrio entre las partes.

2. Derechos de autor y TIC

La autorización de la copia privada y las limitaciones y excepciones al derecho de autor reconocidas por aquellos países que adoptaron el Convenio de Berna o la limitación genérica del *fair use* del derecho anglosajón, que permiten un uso limitado de las obras protegidas por derechos de autor sin necesidad de contar con la autorización del titular y de manera gratuita, para uso académico e informativo, por ejemplo, constituyó el paradigma que durante varios años permitió equilibrar las relaciones entre los titulares de los derechos de autor y conexos y los usuarios de las obras. Sin embargo, en el ámbito digital se presentaron nuevamente diferencias por la facilidad que representa para los usuarios acceder a obras y contenidos de manera gratuita a través de internet (García, 2019: 63).

Ante esta situación, se ha buscado establecer un sistema de equilibrio frente al aumento exponencial que ha tenido la comunicación, fijación, reproducción, distribución y comunicación pública de las obras y contenidos en internet sin remuneración alguna para sus titulares. No obstante, también es una realidad que el entorno digital ofrece a los autores nuevas formas de explotación y comercialización de sus obras que les representan fuentes adicionales de retribución.

En efecto, con los avances tecnológicos los derechos de autor adquieren nuevas formas de tratamiento, debido a los medios en los que se comercializan, reproducen y utilizan las obras y los soportes en que se fijan. Lo anterior genera la necesidad de equilibrar el ejercicio de esos derechos frente al desarrollo tecnológico que plantea la actual sociedad del conocimiento. La importancia de proteger los derechos de autor en el ámbito digital deviene en muchas ocasiones de intereses de carácter económico, incluso las iniciativas de protección, por lo general, son impulsadas por empresas que gestionan los derechos patrimoniales de los autores.

Al respecto, considerando la necesaria ponderación entre los derechos de autor y las libertades de los usuarios que acceden a las obras y contenidos en el entorno digital, resulta importante enfatizar las principales consecuencias que la emergencia de las TIC ha provocado en el esquema tradicional de protección de estos derechos:

- Implica nuevos medios o soportes a través de los cuales se expresan las obras intelectuales. En la actualidad, es común que un libro se presente no sólo en formato impreso, sino también en formato electrónico descargable.
- Posibilita nuevos usos respecto de una misma obra intelectual. Por ejemplo, un libro puede ser escaneado, leído desde la pantalla de un dispositivo electrónico, enviado por correo electrónico, almacenado en la nube, impreso, etc.

- Facilita la copia indiscriminada de obras intelectuales de la misma calidad, o incluso superior.
- Permite una comunicación e intercambio sin fronteras de obras protegidas, lo cual favorece la transmisión y comercio de estas.
- Ha generado el inicio de un fenómeno digitalizador de las obras intelectuales, facilitando su almacenamiento y propagación.

En la actualidad, es posible acceder a diversas obras a través de internet sin prácticamente restricción alguna, pudiendo reproducirse ilimitadamente y sin menoscabo de su calidad, por lo que el control y vigilancia por parte de los titulares y de las autoridades se vuelve cada vez más difícil. De esta forma, la puesta a disposición de las obras y contenidos a través de internet dificulta la protección de los derechos de autor, ya que nuevas tecnologías facilitan a los usuarios la elusión de medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos, permitiendo la propagación y acceso a las obras de los creadores, brindando la opción de adaptar, almacenar, copiar, transformar y comunicar las obras de manera automática y gratuita.

Por lo anterior, con el objeto de restringir el uso no autorizado, se han creado disposiciones para la protección de los derechos de autor y conexos en el ámbito digital, que tienen como finalidad la protección de los derechos de autor en el mundo y la implementación de medidas tecnológicas con ese propósito. Ejemplos de dicha protección serían una contraseña de acceso, una marca de agua o un dispositivo informático que impide al usuario hacer una copia digital de la obra. Sin embargo, para que las medidas tecnológicas puedan proteger eficazmente las obras en el entorno digital es necesario que se sancione su elusión, pues de otro modo la obra puede ser despojada de su protección al momento de eludir dichas tecnologías (Bercovitz, 2006: 316).

3. La protección de los derechos de autor frente a los derechos y las libertades fundamentales de los usuarios en el ámbito digital

Un régimen eficaz en materia de protección de los derechos de autor y conexos en el entorno digital debe procurar, por un lado, un equilibrio entre la creatividad y promoción de obras y contenidos originales, y por otro, proteger las libertades fundamentales de los usuarios en internet, como las de información, expresión y promoción de la cultura y educación. Para el logro de estos objetivos, dicho régimen ha de brindar un sólido respaldo a los derechos de autor y contenidos digitales, aunque sujeto a un conjunto de límites a los mismos.

Los derechos patrimoniales o de explotación, como la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, bajo circunstancias particulares expresamente señaladas en instrumentos internacionales como el Convenio de Berna, han sido limitados con el propósito de encontrar un equilibrio entre los autores y/o titulares de derechos, que

buscan la más amplia protección de sus obras, y los usuarios que desean acceder igualmente a ellas con mínimas restricciones.

En ese contexto, el régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor ha constituido uno de los mecanismos más importantes en la búsqueda de ese equilibrio entre los derechos de los autores y creadores de contenidos digitales y el interés público de los usuarios en general. No se trata simple y llanamente de excepciones a los derechos, pues en la práctica implican auténticas libertades fundamentales e intereses superiores de la sociedad, pues sin excepciones y limitaciones, el sistema de derechos de autor no podría lograr su cometido fundamental, que es estimular la creación de obras originales para beneficio de la humanidad.

Vale la pena resaltar que, en contraposición a los derechos de explotación, los derechos morales (divulgación, paternidad, integridad y retirada de la circulación) son personalísimos, y de acuerdo con los artículos 18 y 19 de la LFDA, se consideran unidos al autor, siendo inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables; por lo que no están sujetos a limitación alguna y las excepciones aplicables a los derechos patrimoniales sobre las obras no los afectan de forma alguna (De la Parra, 2014: 56).

En ese sentido, aspectos como la digitalización de contenidos, las nuevas formas de circulación y difusión de las obras y el aumento de la velocidad de transmisión y tráfico a través de internet, han impactado de manera importante la protección de los derechos de autor y conexos, orillando a un replanteamiento en torno a los mismos y a endurecer y buscar nuevas formas para su protección, como es el caso de las medidas de carácter tecnológico y la información sobre la gestión de derechos (Barrenechea, 2017: 56).

El conjunto de excepciones previstas en la Ley se considera de interés público, pues tienen por objeto lograr un equilibrio entre los intereses de los autores y de los usuarios y público en general, salvaguardando sus derechos fundamentales, como la libertad de expresión e información y el acceso a la cultura y al conocimiento. No obstante, dichas excepciones están sujetas a *numerus clausus* y su regulación debe interpretarse en forma restrictiva, puesto que, bajo ciertas condiciones, implican una disminución a la protección de los derechos patrimoniales, dado que pueden ejercerse sin requerir el consentimiento previo y expreso de sus autores y/o titulares. Las limitaciones pueden ser de dos tipos; por un lado, las utilidades libres y gratuitas, como el derecho de cita; y por otro, aquellas que están sujetas a remuneración, denominadas licencias no voluntarias (LIPSZYC, 1993: 20).

En ese contexto, se ha buscado la armonización de la legislación en la materia, estableciendo, por un lado, estándares de protección a los derechos de autor, y por otro, se ha regulado el ámbito de las limitaciones y excepciones con distinto alcance y nivel. Particularmente, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Artísticas y Literarias, establece en los artículos 10 y 10 bis diversos supuestos en los que es posible la libre utilización de obras sin la autorización del titular y de manera gratuita, como el derecho de

cita, la posibilidad de utilizar obras artísticas o literarias con propósitos de enseñanza, la reproducción y difusión por la prensa, las noticias, etcétera.

Asimismo, desde el Acta de Estocolmo del 14 de julio de 1967 y que se mantuvo en el Acta de París del 24 de julio de 1971, se estableció en el artículo 9°, párrafo 2, una disposición específica que se mantiene vigente hasta la actualidad, en torno a las excepciones aplicables al derecho de reproducción, denominada “regla de los 3 pasos”, conforme a la cual los Miembros de la Unión de Berna están facultados para establecer en sus respectivas legislaciones, excepciones respecto al derecho de reproducción, si cumplen con los siguientes requisitos:

- a) Solo para casos especiales (carácter excepcional);
- b) No atente a la explotación normal de la obra; y
- c) No cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Este mecanismo fue adoptado no solamente respecto del derecho de reproducción, sino que fue extendido al resto de los derechos patrimoniales, en el ADPIC de la OMC, en el TODA y, en lo referente a los derechos conexos de los artistas, intérpretes y ejecutantes y los productores de fonogramas en el TOIEF, que abordaron la denominada agenda digital y reconocieron que las excepciones aplicables en el entorno analógico tienen plena vigencia en el digital.

En México, en el artículo 148 de la LFDA, se establecen los supuestos específicos respecto a la limitación de los derechos patrimoniales, en los siguientes términos: “Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra (...)”, haciendo referencia a la cita parcial de textos; la reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios publicados y difundidos siempre que no medie prohibición expresa por parte del titular; la reproducción parcial de la obra para la crítica e investigación científica o literaria; la reproducción por única ocasión y en ejemplar único de una obra para uso personal, privado y sin fines de lucro; la reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo; la reproducción, comunicación y distribución a través de imágenes de las obras para hacerlas visibles desde lugares públicos; y la publicación de obras artísticas y literarias sin fines de lucro para personas con discapacidad.

De esta manera, el TODA recogió las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales reconocidas en el Convenio de Berna, sujetándolas al requisito del cumplimiento de la regla de los tres pasos. De igual forma, mediante una Declaración Concertada relativa al artículo 10 del TODA, la cual tiene un equivalente en el TOIEF para los derechos de los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, se estableció el supuesto en torno a la explotación de obras en el entorno digital, al disponer que las

Partes contratantes “podrán aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital”, inclusive para “establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.” (OMPI, 2005: 10).

Como señala Fícsor,

la aplicabilidad y extensión de las limitaciones y excepciones «existentes» deben ser revisadas cuando ellas son «trasladadas» al entorno digital. El resultado de tal revisión puede ser que el alcance de aplicación de las limitaciones y excepciones sea reducido (o, tal vez justamente lo opuesto, como lo subraya la declaración concertada, en algunos aspectos especiales ampliados (Fícsor, 2002: 13).

En efecto, el ejercicio de los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y de prensa y el respeto a la vida privada de los usuarios, también implica limitaciones al derecho de autor en el ámbito digital, tomando en cuenta que cada vez son más las obras y contenidos disponibles a través de internet esta situación adquiere relevancia. Por ello, es importante que los estudiantes, investigadores y la comunidad científica, en principio tengan acceso y se beneficien de las mismas oportunidades respecto el acceso a las obras tanto en el ámbito digital como en el analógico. Lo anterior justifica el reconocimiento de las excepciones que benefician tanto a las bibliotecas como a la comunidad científica y educativa (Dusollier, 2001: 14).

En la actualidad, asistimos a un incremento notable en la cantidad de información y contenidos que se producen en el ámbito digital; sin embargo, el acceso de los usuarios a los contenidos, la información y la cultura, no puede concebirse en un ambiente de inobservancia de los derechos de los titulares, pues si bien el acceso a la información y la libertad de expresión a través de internet representa uno de los pilares de la sociedad del conocimiento, las libertades y derechos de los usuarios deben enmarcarse en el pago de una retribución justa para los creadores por el uso que se hace de sus obras (Farré, 2008: 69).

Con base en lo anterior, resulta claro que la protección de obras y contenidos en el contexto de la sociedad del conocimiento no es una cuestión pacífica, pues se encuentra inmersa en un cambio de paradigma tecnológico que afecta de manera significativa la comunicación pública de los contenidos en el entorno digital, en donde terminan confluyendo otros derechos como la libertad de expresión, información y el derecho de acceso a la cultura y educación a través de internet.

En ese sentido, el reto en el corto y mediano plazo consiste en encontrar una fórmula que garantice la protección de los derechos de los autores respecto de sus obras, sin lesionar los derechos y libertades fundamentales de los usuarios. Posiblemente, la respuesta requerirá concebir nuevas fórmulas para la remuneración de las obras y contenidos digitales, ya que las TIC han alterado sustancialmente las tradicionales.

Conclusiones

La protección de los derechos de autor en el ámbito digital presenta dos perspectivas, por un lado, un reclamo legítimo y generalizado de los autores y creadores de contenidos, quienes consideran que en muchas ocasiones la retribución por el acceso y comunicación pública de sus obras no llega a sus manos; y por otro, los usuarios que en ejercicio de sus libertades de acceso a la información, educación y difusión de la cultura, acceden a las obras y contenidos a través de internet, no deben ser considerados por ese hecho, como potenciales infractores de los derechos de autor, sino como quienes financian y estimulan la creación y distribución de obras en el entorno digital.

Sin lugar a duda, la protección de los derechos de autor en el entorno digital exige un diálogo multilateral entre los países, sin perder de vista el equilibrio que necesariamente debe existir entre los intereses de los titulares y los derechos y libertades de los usuarios, con el propósito de establecer un sistema de protección más amplio y eficaz, que a la vez tome en cuenta que las TIC son fundamentales para el desarrollo de la industria de contenidos. Al respecto, la difusión de la información, la cultura e incluso la transferencia de tecnología en la sociedad del conocimiento, tampoco pueden dejar de lado el hecho de que los derechos de propiedad intelectual giran en torno al derecho de acceso a la información, la educación, la libertad de expresión y de internet.

Por tanto, la protección de los derechos de autor debe considerarse como un fin legítimo que puede dar lugar a la imposición de limitaciones al derecho a la libertad de expresión, siempre y cuando, no se convierta en una restricción o censura previa de tales contenidos y, por lo mismo, en una restricción injustificada o desproporcionada de dicho derecho humano.

Por esas razones y con la finalidad de que la limitación al derecho a la información sea legítima, necesaria y proporcional, cuando exista posible violación a los derechos de autor, fue que recientemente se reformó la LFDA, estableciendo los procedimientos con antelación descritos, en donde se da la posibilidad al usuario de internet cuyo contenido ha sido retirado, bloqueado o eliminado a ejercer de manera efectiva su derecho de respuesta o rectificación mediante un “contra-aviso”, en el que demuestre la titularidad o autorización del uso específico del contenido o bien, justificar su uso de acuerdo con las limitaciones o excepciones a los derechos de autor.

Con base en lo anterior, consideramos que la legislación en materia de derechos de autor debe consolidarse con las recientes reformas como un instrumento que no sólo garantice la protección efectiva de los autores y los incentive a seguir creando obras originales, sino que además permita a los usuarios acceder a contenidos de interés cultural y educativo que contribuya con el fin de construir una sociedad del conocimiento más abierta y equilibrada. No obstante, para que esta meta sea posible es necesario consolidar un sistema que estimule el pago de una retribución justa para los creadores, autores y titulares de los

derechos autorales y garantice el acceso a la información, educación y cultura a los usuarios. Aspiramos al desarrollo de una sociedad en la que la tecnología se consolide no como un obstáculo, sino como un medio para la construcción del conocimiento.

Fuentes de Consulta

- Barrenechea, A. (2017). Régimen de excepciones y limitaciones al Derecho de los Autores. Perú. *Revista Derecho & Sociedad* Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 49. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19877>
- Barrera, M. (2005). Derechos de Autor y Libertad de Expresión. Ecuador. *Chasqui Revista Latinoamericana de Comunicación* Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicación para América Latina de Quito. No. 90. Recuperado de <https://revistachasqui.org/index.php/chasqui/article/view/238>
- Bercovitz, R. (Coord.). (2006). *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia, España. Tirant Lo Blanch.
- De la Parra, E. (2014). *Introducción al derecho intelectual*. México. Porrúa/UNAM.
- Dusollier, S. (2001). Derecho de autor y acceso a la información en el ámbito digital. Chile. *Revista Derecho y tecnologías* del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Recuperado de <http://www.crid.be/pdf/public/4133.pdf>
- Farré, P. (2008). Los Derechos de Autor en Internet. España. *Anuario Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá I.
- Fícsor, M. (2002). La protección del derecho de autor y los derechos en el entorno digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Limitaciones o excepciones en el ámbito digital. Panamá. *Documento OMPI/DA/PAN/02/PIII.2, IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (La Propiedad Intelectual, un canal para el desarrollo)*.
- García, J. (2019). *Derechos de autor en Internet*. México. UNAM/Coordinación General de Estudios de Posgrado.

- Guerra, J. y Hernández, J. (Coords.). (2021). *La información después de internet. Repensando las libertades, amenazas y derechos*. México. Colección Sistemas Bibliotecarios de Información y Sociedad. Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas y de la Información/UNAM.
- Hernández, J. (2017). Amenazas a la infodiversidad en Internet: censura y regulaciones contra el libre acceso a la información. En Morales, E. (Coord.). *Regulaciones que impactan a la infodiversidad y el acceso abierto a la información en la sociedad global y multicultural*. México. UNAM. Recuperado de <http://iibi.unam.mx/publicaciones/278/regulaciones%20impactan%20infodiversidadn%20Amenazas%20en%20Internet%20Jonathan%20Hernandez%20Perez.html>
- Lasprilla B. (et. al.). (2012). S.O.P.A. Fenómeno social de actualidad. Colombia. *Revista del Programa de Psicología de la Universidad del Norte*, vol. 29, No. 1, enero-abril. Barranquilla. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/213/21323171001.pdf>
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, Argentina. UNESCO/CERLALC/Zavalía.
- Mata y Martín, R. (et. al.). (2011). *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*. España. La Ley/Grupo Wolters Kluwer.
- Morales, E. (et. al.). (2006). La Propiedad Intelectual y los Derechos de Autor: Iniciativas de Organismos y Asociaciones Internacionales. Buenos Aires, Argentina. *Revista Infodiversidad*. No. 10. Sociedad de Investigaciones Bibliotecológicas.
- Rubí, N. (2007). Las nuevas tecnologías en el derecho de autor y su evolución en Colombia. Bogotá, Colombia. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*. Vol. X. No. 19, enero-junio. Universidad Militar Nueva Granada.
- Solana, D. (2006). El Derecho de la Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías: Evolución y retos. España. *Revista de Contratación Electrónica*. No. 67. Dykinson. Recuperado de <http://www.interiuris.com/blog/wp-content/uploads/Rce-67-4.pdf>
- Soler, F. (2018). Infracciones a los derechos de autor en México con relación al entorno digital. España. *Ius Et Sentia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia*. Vol. 4. No. 1. Universidad de Sevilla.
-

Téllez, E. (Coord.). (2016). *Derecho y TIC. Vertientes actuales*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/INFOTEC.

Legisgrafía

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (agosto de 2020). Acción de Inconstitucionalidad en contra de los artículos 114 Quáter, 114 Quinquies, 114 Octies, fracciones II, inciso a) -salvo su numeral 2- y b), y III, 232 Bis y 232 Ter de la Ley Federal del Derecho de autor.

Diario Oficial de la Federación. (20 de febrero de 2018). Capítulo 18. Propiedad Intelectual. *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico*. Recuperado de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86486/18._Propiedad_Intelectual.pdf.

Diario Oficial de la Federación. (29 de junio de 2020). Capítulo 20. Derechos de Propiedad Intelectual. *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)*. Recuperado de <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465802/20ESPDerechosdeProESPDerechosdeProp.pdf>.

Ley Federal del Derecho de Autor. México. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_010720.pdf.

Organización Mundial de Comercio. (abril de 1994). *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*. Anexo 1C. Ginebra, Suiza. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (Enmendado el 28 de septiembre de 1979). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Ginebra, Suiza. Recuperado de <https://wipolex.wipo.int/es/text/283694>.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (7 al 11 de noviembre de 2005). *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. Asunción, Paraguay.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2015). *Propuesta de análisis de los derechos de autor en el entorno digital presentada por el Grupo de Países de América*

Latina y el Caribe. Ginebra, Suiza. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. XXXI Sesión.

Organización de las Naciones Unidas. (junio de 2011). *Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*. Ginebra, Suiza. Comunicado de Prensa. Asamblea General. Sexagésimo sexto período de sesiones.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1996). *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*. Ginebra, Suiza. Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/wct/trt_wct_001es.pdf.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1996). *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*. Ginebra, Suiza. Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/wppt/trt_wppt_001es.pdf.

La reforma en materia de teletrabajo en México

Recibido 19 marzo 2021-Aceptado 01 junio 2021

Jorge Martínez Martínez*

Universidad Veracruzana. Xalapa-Veracruz, México
jormartinez@uv.mx

RESUMEN: La transformación de las relaciones de trabajo derivada de la flexibilidad laboral ha sido una realidad desde hace ya varias décadas; por ello las normas de trabajo deben ser dinámicas y adaptarse a las circunstancias que se van presentando, como respuesta no sólo a una tendencia, sino a la permanente búsqueda del equilibrio entre los factores de la producción como una de las finalidades fundamentales del derecho del trabajo. La pandemia de COVID-19 ha servido de catalizador para hacer realidad la normativa en materia de teletrabajo en México, así como ha sucedido en algunos otros países del mundo, ya que la regulación era insuficiente, y dejaba al teletrabajo subsumido dentro del trabajo a domicilio. En el presente, se hace un análisis de la reforma llevada a cabo en fecha 11 de enero del año 2021, de su regulación, parte de su

ABSTRACT: The transformation of labor relations derived from labor flexibility has been a reality for several decades now; therefore, labor rules must be dynamic and adaptive to the circumstances that arise, in response not only to a trend, but also to the permanent search for balance between the factors of production as one of the fundamental purposes of the labor law. COVID-19 pandemic has served as catalyzer to teleworking rules on Mexico became a reality, as happened in other countries over the world, due to the current regulations were insufficient, which subsumed teleworking on within working at domicile rules. This work is an analysis of the January 11th 2021 reform, its regulation, part of its problematic and challenges or opportunity areas which needs to be outdone to reach the accomplishment of special obligations

* Doctor en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Investigador Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

problemática y los retos o áreas de oportunidad que deben superarse para lograr el cumplimiento de las obligaciones especiales que implica la reforma; pues ésta debe responder ante una realidad compleja que indudablemente ha transformado las relaciones de trabajo y los procesos productivos.

Palabras clave: Teletrabajo, flexibilización laboral, Industria 4.0, pandemia de COVID-19.

of the reform; as it shall response to a complex reality which undoubtedly has transform the working relations and production processes.

Keywords: Teleworking, labor flexibility, industry 4.0, COVID- 19 pandemic.

SUMARIO: Introducción. 1. La transformación de las relaciones de trabajo; 2. La flexibilización laboral. 3. El trabajo a domicilio. 4. El teletrabajo en el contexto de la pandemia de COVID-19. 5. La reforma a la LFT en materia de teletrabajo. Conclusiones. Fuentes de consulta.

Introducción

Las relaciones de trabajo han cambiado a través del tiempo, se adaptan a un contexto globalizado, con ello, han ido surgiendo la flexibilización laboral, así como las nuevas formas de contratación, tales como el teletrabajo o los contratos a prueba y de capacitación inicial (entre otras) que han motivado incluso reformas como la del año 2012 que reguló, estas cuestiones que ya se suscitaban en la práctica; no obstante, en muchos de los casos se tradujeron en violaciones a los derechos de los trabajadores.

En fecha 11 de enero del año 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el cual se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo en materia de teletrabajo.

Reforma que se considera pertinente, máxime en estos tiempos en donde la pandemia ocasionada por el COVID-19, ha transformado las relaciones de trabajo, en una adaptación a las circunstancias que se presentan.

No obstante lo anterior, surgen retos para poder materializar una reforma como la mencionada, se aprecian dificultades para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta modalidad de trabajo; que si bien había quedado pendiente, ya se consideraba necesaria por lo menos desde la anterior reforma a la ley de la materia.

1. La transformación de las relaciones de trabajo

La evolución de la sociedad, la interacción o dependencia tecnológica, la economía y la búsqueda de competitividad, han condicionado o han sido algunos factores, entre otros, para que las relaciones de trabajo se transformen, lo que ha originado que la realidad se

imponga y con ello hayan surgido desde hace algún tiempo la flexibilización del trabajo y las nuevas formas de contratación como son el contrato a prueba, de capacitación inicial y el trabajo de temporada; cambios en las relaciones de trabajo que han conducido a la flexibilización de los derechos laborales, ya que además no puede haber conquistas sindicales cada vez mayores, al punto que lleguen a ser perjudiciales para la fuente de trabajo.

La pandemia de COVID-19 ha impuesto circunstancias a las relaciones de trabajo, y ha traído consigo algunas repercusiones, que se aprecian no sólo en la cotidianidad, sino también se han expresado en la Guía Práctica *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella*, publicada por la Organización Internacional del Trabajo.

Aunque la cantidad de personas que teletrabajan a tiempo parcial o a tiempo completo ha ido aumentando gradualmente a lo largo de los años (Eurostat, 2018), sin duda la pandemia ha acelerado la adopción, por parte de los empleadores, de las modalidades de teletrabajo. En un contexto como el de la pandemia de COVID-19, el teletrabajo ha demostrado ser una herramienta importante para garantizar la continuidad operativa. Mientras, en circunstancias normales, sus beneficios incluyen la reducción del tiempo de desplazamiento, la posibilidad de que los trabajadores se centren en sus tareas lejos de las distracciones de la oficina y una oportunidad para lograr un mejor equilibrio entre la vida laboral y profesional. El teletrabajo permite a los trabajadores tener un horario más flexible y la libertad de trabajar fuera de las instalaciones del empleador. También puede conllevar riesgos que deben preverse y prevenirse, como el aislamiento (en particular para las personas que viven solas) y la pérdida de contacto con los compañeros de trabajo. (Organización Internacional del Trabajo [OIT] 2021)

En tal sentido, el teletrabajo ha contribuido a la realización o materialización del trabajo decente, en los casos en que permite un equilibrio del trabajador en todo el cúmulo de actividades que integran su vida; aunque en algunos otros ha sido un reto no superado y ha ocasionado consecuencias negativas.

El teletrabajo es un concepto relativamente reciente que llegó para quedarse, pues el día de hoy es una modalidad de trabajo necesaria; particularmente con la pandemia de COVID-19, no sólo ha cobrado especial relevancia, sino en el caso mexicano se ha incorporado al derecho vigente a partir del 11 de enero del año 2021; a pesar de que en la práctica ya era observable, ello ha traído consecuencias y algunas complicaciones, como es el caso de la determinación de los riesgos de trabajo que pueden suscitarse, y aunque parecieran ejemplos de laboratorio; en el caso, es posible establecer la relación que guarda el medio ambiente de trabajo, con el accidente o enfermedad profesional.

Igualmente algunas de las dificultades que pueden mencionarse, sin ánimo de exhaustividad es la determinación acerca de si el trabajo realizado pertenece a la categoría de teletrabajo materialmente, es decir si en la práctica se subsume el tipo de relación que se trate con la descripción legal; ya que no necesariamente el uso de las tecnologías de información y comunicación otorga *per se* la naturaleza jurídica de teletrabajo.

Más adelante surgirán también para los patrones, algunos inconvenientes, como lo son los costos que para la empresa implica la reforma que se analiza, y el proporcionar los elementos que requiere el teletrabajador y que cumplan con las especificaciones necesarias. Sobre todo en el presente contexto derivado de la pandemia de COVID 19, con un aumento considerable en el precio de los insumos tecnológicos.

Para comenzar el estudio, hay que referirse al concepto de teletrabajo, que surge en Estados Unidos en el año de 1973, tal como lo señala Julio Ismael Camacho:

El concepto de teletrabajo nace en Estados Unidos, en 1973, partir de un grupo de científicos de la University of Southern California dirigidos por el físico Jack Niles. Dicho grupo, en el marco de la crisis del petróleo, investigó la aplicación del trabajo de las (entonces disponibles) tecnologías informáticas para reducir el traslado de trabajadores a las oficinas, reemplazándolo por el traslado de la información necesaria para que el trabajador realice sus tareas desde su casa o centro de teletrabajo próximo su domicilio (Camacho, 2021: 128).

El autor de referencia agrega que ello traería ventajas como las reducciones al tránsito vehicular y por ende la disminución en la contaminación derivada de la emisión de gases tóxicos al ambiente, por lo que desde aquel momento ya se visualizaban enormes ventajas para el teletrabajo, que hoy en día siguen observándose.

En ocasiones se ha pensado que existen actividades en donde lo más propicio no es el teletrabajo, pero que ante contextos como el actual, se ha presentado una adaptación o conversión forzada hacia tal modalidad; a modo de ejemplo y aunque en sentido estricto no se trata de teletrabajo, se evidencia que para los trabajadores de la educación no existió la capacitación deseable o por lo menos necesaria para llevar a cabo las actividades de manera virtual.

El trabajo y el comercio guardan estrecha relación, debido a que son las empresas y la actividad económica, las que requieren, al igual que los servicios, de la mano de obra que proporcionan los trabajadores, por lo que el contexto de la pandemia ha modificado también el comercio, y ha significado oportunidades para los teletrabajadores:

En América Latina en los tres primeros meses de la pandemia tuvimos 13 millones adicionales como primeros usuarios en el ecommerce, esto significa que 2 de cada 10 usuarios son nuevos o están usándolo por primera vez, indicó Luz Adriana Ramírez, directora general de Visa México, en conferencia de prensa. (Lozano, 2020)

Esta modalidad de trabajo requiere de las competencias adecuadas que les permitan a los trabajadores la realización de sus actividades, por lo cual habría ventaja para los jóvenes, o los denominados *nativos digitales*, ya adaptados a las tecnologías de la información y la comunicación, pues la brecha generacional puede constituir un obstáculo para los de mayor edad.

Es imprescindible que ante estas circunstancias, deban de adaptarse las normas de trabajo para regular el teletrabajo en el marco de la ley de la materia; no obstante, al igual que sucede con cualquier reforma, la normativa *per se* no puede producir los cambios de

manera instantánea, sino que el cumplimiento de estas disposiciones supondrá una área de oportunidad, que debe irse superando en la medida en que la voluntad y las posibilidades tanto de los agentes económicos, como de los trabajadores lo permitan.

A través del tiempo, han surgido transformaciones en los modelos de producción, como resultado de la evolución de la sociedad y de la incorporación de mecanismos, instrumentos, métodos y modelos que han significado cambios fundamentales en la industria, comercio o servicios.

Para ello hay que referirse a dos aspectos torales, que son los mencionados modelos y las revoluciones industriales, aquellos son entendidos como las formas en las que se organiza la actividad económica en un contexto determinado, que repercuta necesariamente en sus resultados.

A través del tiempo, han surgido dos grandes modelos de producción que han transformado profundamente las relaciones de trabajo, ambos han emergido desde la industria automotriz y permeado a todas las demás actividades; son el fordismo y el toyotismo, el primero se caracteriza por la división de la producción en etapas, para lograr grandes volúmenes en el menor tiempo posible, como consecuencia de la división y especialización del trabajo, este modelo se instauró a partir de la Segunda Guerra Mundial y se mantuvo vigente hasta los años setentas (Piñero, 2004: 2).

El segundo de los modelos de producción es el toyotismo, que reemplazó al fordismo y se caracteriza por el trabajo en grupos y en producir "just on time", por lo que la producción masiva se sustituye por la oferta diversificada de acuerdo a los gustos y necesidades de cada cliente, además de que se busca perfeccionar la producción, la polivalencia de los trabajadores; dicho modelo se instaura desde los años setenta, se consolida en los ochentas y se mantiene vigente hasta nuestros días. (Zuccarino, 2012: 202)

Por otro lado los cambios en los modelos de producción, así como la incorporación de las herramientas y la tecnología, han permitido la clasificación de las revoluciones industriales, en cuatro, la primera caracterizada por la mecanización de los procesos productivos, a partir de la invención por parte de James Watt de la máquina de vapor en el año de 1788, en donde el carbón se convierte en materia prima en sustitución de la madera como fuente de energía, aunque también puede señalarse que la *Industria 1.0*, surge desde el año de 1700 en Inglaterra a partir de los cambios observados en la industria textil y el transporte del agua. (Taskan, Karatov & Kubat, 2020: 81)

La segunda revolución industrial, denominada también *Industria 2.0*; se caracterizó por la electrificación de los procesos productivos, y surgió como resultado de los cambios en las fuentes de energía, se utiliza petróleo, acero, electricidad, minerales, máquinas de combustión interna, el teléfono, la radio, la iluminación en general, la máquina de escribir, la prensa escrita, así como el abaratamiento en la producción del acero a partir del año de 1860, por parte del inventor británico H. Bessemer. (Taskan, Karatov & Kubat, 2020: 81)

La *Industria 3.0* o tercera revolución industrial, situada aproximadamente en el año de 1970, se caracterizó por la automatización y digitalización de la producción, lo cual fue el resultado del descubrimiento y aplicación de la energía nuclear y la invención de la computadora, con lo cual hoy en día se realizan la mayor parte de los procesos de producción de la industria y sin los cuales no podrían siquiera entenderse. En este período surgen grandes innovaciones como el láser, la biogenética, energía nuclear, materiales sintéticos, fibra óptica, computadoras, tecnología y comunicaciones, (Taskan, Karatov & Kubat, 2020: 81) aunque no todo han sido avances, pues la gran dependencia de los combustibles fósiles ha impactado en el cambio climático y comprometido el desarrollo sustentable.

La última revolución es la denominada *Industria 4.0*, que surge después del último cuarto del siglo XX, o bien se señala el año 2000; en donde se aprecian cambios tecnológicos de manera frecuente, con avances como la internet, las redes inalámbricas, software, automatización, mecatrónica y robótica; (Tepe & Mucan, 2021: 160) todo lo que se incorpora cada vez más a la vida cotidiana, actualmente se puede apreciar cada vez más la automatización de los procesos productivos, así como también la presencia de la tecnología en casi todos los ámbitos del trabajo y de la vida privada; incluso la OIT señaló algunos cambios que con motivo de la pandemia de COVID-19 se suscitaron en Japón:

Cuando el coronavirus comenzó a propagarse en Japón, el Gobierno declaró el estado de emergencia en las principales ciudades e instó a la población a reducir el contacto entre las personas por lo menos en un 70%. Por consiguiente, se exigió a los empleadores que pasaran al trabajo en línea. Uno de los principales grupos de telecomunicaciones es partidario del teletrabajo hace varios años y, desde febrero de 2020, ha instado a los empleados a evitar los desplazamientos en las horas pico o que simplemente trabajen desde casa, para proteger a sus 200 000 empleados en todo Japón del creciente brote de coronavirus en el país. La empresa también comenzó a utilizar robots avatar en abril de 2016 como parte de sus esfuerzos para promover el teletrabajo, una política destinada a permitir que los empleados sigan trabajando mientras crían a sus hijos o cuidan de sus padres ancianos. Usando los robots avatares, los trabajadores remotos pueden ver su oficina y comunicarse con sus colegas. Los robots miden aproximadamente 20 cm de altura con cámara, micrófono y altavoces incorporados, junto con una aplicación de "teletrabajo" instalada en un teléfono o un iPad, son operados a distancia por el teletrabajador y pueden ser llevados por el personal de la oficina. Incluso, pueden asistir a reuniones en nombre de los empleados remotos. Además, es posible manejar las manos y la cabeza del robot, incluso utilizando la comunicación no verbal con diversos gestos, desde aplausos hasta saludos. "Puedo sentir el ambiente en la oficina y es como si estuviera allí", dijo un teletrabajador de unos 40 años. (OIT, 2021)

El impacto de la *Industria 4.0* aunado a los modelos de producción, ha sido fundamental para las empresas y para la vida personal, ya que gracias la tecnología con la que cuenta cada país, es que se han superado algunas de las consecuencias derivadas de la pandemia de COVID-19, pues esto es lo que posibilitó teletrabajar; del mismo modo saltan a la vista las enormes diferencias que existen con los Estados menos tecnificados o con menor capacidad económica para transformar sus actividades.

Una vez que se han puntualizado los cambios que han producido los modelos de producción y las revoluciones industriales, en conjunto se evidencia que la dependencia tecnológica ha llegado para quedarse en las relaciones de trabajo, pues hasta en las labores que llegan a ser completamente manuales, se incorpora la tecnología, por ejemplo para el registro de asistencia, para el pago de salarios, para las cuestiones de seguridad social como lo son las altas y bajas de los trabajadores, etc.

2. La flexibilización laboral

La flexibilización laboral se entiende como la maleabilidad que ha permeado las relaciones de trabajo para adaptarse a las circunstancias complejas de acuerdo al entorno, que permitan superar las dificultades en las empresas o establecimientos.

De acuerdo a Freddy Arancibia Fernández, (2011) existen cuatro grandes dimensiones que compondrían el concepto de flexibilidad laboral, que son: la primera, flexibilidad de la organización productiva, denominada igualmente flexibilidad organizativa o de la contratación externa y/o externalización, por lo que en esta queda comprendida la subcontratación; la segunda es la flexibilidad de la organización del trabajo, para que la empresa se adapte a las variaciones del mercado, por lo que encuentra relación con la *nueva ola de la gerencia*:

De este modo la ruptura del *one best way* hace que el *know how*, usurpado a los trabajadores por la Organización Científica del Trabajo –desarrollada por Frederick W. Taylor, profundizada en base a la línea montaje por Henry Ford, y plasmada como modelo administrativo por Henry Fayol– vuelva a los primeros, propiciando el surgimiento de lo que algunos han denominado el "nuevo artesanado" (De la Garza, 2003) o "trabajador flexible" (Chávez, 2001)." (Arancibia, 2011: 43)

La organización de la producción, tiene que ver entonces con los modelos de producción que han respondido a las necesidades de cada época, se han impuesto como tendencia y han influido no sólo en el trabajo, sino en general en todo tipo de organizaciones, que permiten, en estricto sentido mejorar la eficiencia.

La tercera acepción de la flexibilidad es la de la gestión productiva, que se refiere según Arancibia: "[...] a la capacidad tecnológica de una empresa -principalmente a la relacionada con la microelectrónica- para alterar u corregir tanto su proceso de producción interno, como la cantidad y el tipo de productos finales." (Arancibia, 2011: 44) Lo que permite superar la gama de productos y los errores, además de la disminución de costos.

La última de las dimensiones de la flexibilidad es la del mercado laboral o mercado de trabajo:

La flexibilidad del mercado laboral o flexibilidad del mercado de trabajo (De la Garza, 2003; Chávez, 2001; Agacino, et. al., 1998) dice tener relación con aquellos aspectos de la flexibilidad laboral que se encuentran posibilitados por la legislación laboral de un país o región y cuyo objetivo es dotar a las empresas de elevados márgenes de movilidad en las relaciones laborales que genera con sus trabajadores. Dentro de este tipo de flexibilidad podemos encontrar las denominadas flexibilidad

interna y flexibilidad externa, ambas con sus propios componentes o sub-dimensiones. (Arancibia, 2011: 45)

De manera que la interna comprende a las condiciones de trabajo, y por ende a la salarial, la de la jornada u horarios de trabajo y a la funcional.

La flexibilidad salarial se refiere a la variabilidad del salario en función de la productividad del trabajador, de manera que su salario puede integrarse únicamente con elementos variables o bien con elementos fijos y variables de manera combinada, siempre que se respeten los mínimos legales, lo cual conduce a contar con trabajadores que le ponen mayor empeño a su trabajo, pues su remuneración aumenta en la medida en que sean más productivos, o por el contrario se reduce.

Esto desde luego siempre ha existido, pues así acontece con el trabajo por unidad de obra o a destajo, el cual a través del tiempo ha resultado muy conveniente para los factores de la producción, aunque desde luego esto depende de la propia naturaleza del trabajo.

La especialización del trabajo en muchos de los casos requiere que los trabajadores cuenten con competencias específicas que los habiliten para la realización de ciertas actividades. Lo que puede limitar esta polivalencia; no obstante si no se requiere gran especialización esta multihabilidad reduce costos y vuelve benéfica a la flexibilidad funcional.

En lo que respecta a la flexibilidad externa, comprende la variación numérica que permite la contratación de personal dependiendo el aumento de las necesidades en la fuente de trabajo, que igualmente siempre ha existido, pues este es el caso de los trabajadores de temporada, como puede ser la relativa a las festividades navideñas, temporadas vacacionales o inicio de clases en el sistema educativo.

Dentro de la numérica también se encuentra lo que tiene que ver con la forma de contratación, pues como ya se ha mencionado la externalización forma parte de la flexibilidad interna, sin embargo cuando aquella versa sobre fuerza de trabajo, puede llegar a ser perjudicial a los derechos laborales de los trabajadores, aunque no por ello deja de catalogarse como flexibilidad, incluso en los casos de *insourcing*, en donde la producción se interioriza.

Si se analizan los tipos de flexibilidad mencionados con antelación, es posible percatarse que la flexibilidad laboral, además de siempre haber existido, si se respetan las normas de trabajo, no implica en modo alguno la violación de los derechos laborales en perjuicio del trabajador.

Las distintas modalidades de flexibilidad mencionadas, desde luego pueden presentarse conjuntamente, de acuerdo a las necesidades y naturaleza del trabajo, por lo que las posibilidades son muchas, e inciden en el volumen de empleo a nivel de un país o de una región en el mundo.

Por otro lado no debe confundirse la flexibilidad que se ha mencionado con la flexibilización de los derechos laborales, ya que flexibilizar éstos implica desde luego su incumplimiento, es decir la violación a las normas de trabajo.

Por fortuna, hasta la fecha, han permanecido muchos de los límites en la ley de la materia que han mantenido la pervivencia del derecho del trabajo, pues al flexibilizar en demasía, se inclina la balanza en favor de alguno de los factores de la producción:

La flexibilidad llevada a su último extremo, da paso a la desregulación, es decir, a la aplicación absoluta de la autonomía de la voluntad, - tanto por parte del patrón, como del trabajador-, para establecer las condiciones de trabajo, lo que en realidad sólo permite esta facultad (propio en cierto grado del derecho privado) al dueño de la empresa. Debe señalarse que esta situación no se ha llevado a cabo hasta la fecha en nuestro país de una manera formal y general, lo que no significa que en algunas áreas de la producción como el trabajo domicilio, el trabajo doméstico y otros que se realizan en algunos talleres y otras fuentes de empleo (y de sobre explotación y desfallo de la fuerza de trabajo) no sean una práctica común. (Lóyzaga, 1997: 47)

Las violaciones a los derechos de los trabajadores es un problema que se presenta constantemente, en virtud de que la realidad se impone, de manera que las normas de trabajo regulan de cierta manera algunos aspectos que no se aplican efectivamente, ya que la justicia no es automática, si no que se requiere que se haga valer; la aclaración resulta pertinente, ya que se ha expresado que la flexibilidad laboral ha sido positiva a través del tiempo, y que ha representado enormes ventajas para trabajadores y patrones, en beneficio desde luego de las fuentes de trabajo y de la productividad; no obstante la flexibilización de los derechos laborales, aunque puede traducirse en beneficio para el sector patronal, no debe permitirse o tolerarse, e incluso en el caso de algunos derechos, ha sido motivo de regulación en el TMEC.

3. El trabajo a domicilio

Desde que el trabajo comenzó a regularse en México y particularmente a partir de la federalización de la materia en 1931, se ha presentado una evolución que pretende incluir a diversas categorías de trabajo, lo que se evidencia desde la creación del apartado "B" del artículo 123 constitucional (5 de diciembre de 1960) ya que además en su momento se intentó la creación de un apartado "C" en el año de 1976, (Martínez, 2006) sin que el intento tuviera éxito; no obstante lo mencionado pone de manifiesto la intención de una normativa diferenciada en materia de trabajo, si se toman como punto de partida las normas de trabajo constitucionales.

En la doctrina se ha discutido sobre el trabajo a domicilio, si en realidad se trata de trabajo conforme lo regulan las normas de la materia, si se presenta el elemento de la subordinación, así como los componentes de esta, que son el poder de mando y el deber de obediencia.

La definición actual de trabajo a domicilio se encuentra en el artículo 311 de la Ley Federal del Trabajo, donde se destaca en el diverso 312 que, si la materia prima u objetos son vendidos por el patrón para ser confeccionados o transformados por el trabajador y posteriormente son vendidos al mismo patrón, constituye trabajo a domicilio.

Las labores se realizan en el domicilio del trabajador o en el lugar convenido, lo que a través del tiempo ha significado grandes ventajas para los patrones, sobre todo si el tipo de actividad lo permite, ya que de acuerdo a la especialización y a la naturaleza de las funciones del trabajador, no es aplicable en todos los casos; en México se ha puesto como ejemplo la elaboración de artesanías, los atuendos regionales o típicos, que permiten al patrón la venta de los productos, aunque en realidad no se paga por producto, sino que se paga un salario.

Este tipo de trabajo ha precarizado en muchas ocasiones las condiciones laborales de quienes lo llevan a cabo y ha sido objeto de estudio desde hace varias décadas, pues como ha sostenido Carlos Reynoso,

[...] otras investigaciones sobre el TAD en entidades federativas como Michoacán y Jalisco, precisan que las industrias involucradas realizan labores como la elaboración de prendas de tejido de punto, fabricación de diferentes tipos de calzado (y labores como la elaboración de tacones) artículos de cuero (balones, chamarras, cinturones) arreglos florales para novias [...] (Reynoso, 1992: 114).

En México el antecedente más remoto sobre la regulación del trabajo a domicilio es del año de 1926, en la Ley del Trabajo del Estado de Oaxaca, normativa previa al capítulo XVIII de la Ley Federal del Trabajo de 1931; en ésta se señaló que a los trabajadores a domicilio les serían entregados artículos de fabricación y materias primas; en cambio en la ley de la materia de 1970, el trabajador a domicilio sería la persona que trabaja personalmente, con ayuda de miembros de su familia para un patrón. Posteriormente en fecha 10 de marzo de 1988, se incorpora como una de las categorías de trabajos especiales (Reynoso, 1992: 119) y finalmente en la regulación actual, el artículo 314 de la ley de la materia establece que los patrones pueden o no suministrar los útiles o materiales de trabajo.

Es curioso este tipo de trabajo, porque llega a situarse en el campo de la externalización de la producción, en donde los trabajadores pueden llevarse algún producto o material, para que, siguiendo las indicaciones, realicen la parte que les corresponda, se pueden suministrar o no los materiales, y por lo general no se les proporciona herramienta de trabajo, que se traduce en un ahorro para los patrones, pues el desgaste de los instrumentos lo absorben los trabajadores.

Se ha afirmado también la precarización del trabajo que puede producirse, pues se llega a convertir en una especie de esclavitud a domicilio, en donde pueden intervenir no sólo el trabajador, sino otros miembros de su familia, e incluso niños y tampoco se sujeta a horarios debido a su propia naturaleza.

Esta modalidad de trabajo ha existido desde hace mucho tiempo, y al igual que otras cuestiones del derecho laboral, su regulación ha enfrentado dificultades tanto para el

reconocimiento de la relación de trabajo, así como para la obtención de datos sobre el particular:

Al respecto Octavio Lóyzaga y Verónica Curiel expresan:

Lo expuesto no es un problema nuevo, ya que el trabajo a domicilio, como se mencionó, es un fenómeno que se encuentra presente en la realidad de la sociedad desde hace más de 150 años; aunque ni en México ni en otros países hay cifras exactas, respecto a su año de origen, situación que se complica al encontrar lagunas legales que hacen más difícil su análisis e investigación. (Lóyzaga & Curiel, 2014: 662)

El trabajo a domicilio y el teletrabajo, pueden tener en común, que se llevan a cabo en el domicilio del trabajador, aunque la diferencia desde luego radica en el uso de las tecnologías de la información y comunicación, por lo que la regulación del teletrabajo sin duda era una tarea pendiente por regular en la ley de la materia.

El trabajo a domicilio lo define también el convenio número 177 de la Organización Internacional del Trabajo, de la manera siguiente:

Artículo 1.

A los efectos del presente convenio

(a) la expresión **trabajo a domicilio** significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

(i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;

(ii) a cambio de una remuneración;

(iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;

(b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;

(c) la palabra **empleador** significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa. (OIT, 2021)

Destaca en el inciso b) que no se considere como trabajador a domicilio, el asalariado que realiza ocasionalmente su trabajo de esta manera, en cuyo caso habría que determinar la circunstancia de “ocasional”, ya que a partir de la pandemia de COVID-19, se han transformado las relaciones de trabajo; por ende, a más de un año, resulta discutible el punto, y para tener mayor certeza jurídica, las normas de trabajo deben definir lo que debe considerarse como “ocasional”.

Finalmente se debe agregar que a pesar de los esfuerzos de la Organización Internacional del Trabajo, el Estado mexicano no ha ratificado hasta el momento el convenio número 177 (OIT, 2021) e igualmente faltan por ratificar otros, lo que en pleno paradigma constitucional de los derechos humanos, evidencia el camino que falta por recorrer para la regulación

adecuada y la tutela de los derechos de los trabajadores, así como también muestra la carencia de compromiso que México tiene, pues lo mismo sucede con la recomendación 184.

La reforma en materia de teletrabajo es un avance significativo; sin embargo, al mismo tiempo pueden realizarse acciones paralelas como es la ratificación del citado Convenio 177, aunque en la práctica podría invocarse, acorde a la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus diversas resoluciones, pues el Pacto de San José impone la obligación de respetar los derechos; aunado a que este tipo de argumentación es congruente con la evolución del Estado constitucional en México, y con los principios *pro persona*, así como el *in dubio pro operario*.

Por último en lo que concierne a este apartado, hay que considerar que debido a las circunstancias en las que se lleva a cabo el trabajo a domicilio, la realidad ha prevalecido, y es difícil en muchos casos que siquiera se tenga conocimiento de la existencia de este tipo de trabajo, lo que complica el respeto a los derechos de los teletrabajadores; por ello, se propone no considerarlo como trabajo especial, pues si bien por una parte es entendible que se lleva a cabo de manera diferente, el tratamiento diferenciado no encuentra fundamento ni constitucional, ni axiológico.

4. El teletrabajo en el contexto de la pandemia de COVID-19

La pandemia de COVID-19 ha cambiado de facto las relaciones de trabajo, al igual que las formas de contratación, pues ha exigido una adaptación a las circunstancias, adversas en muchos casos, todo ello debido a cuestiones de salud.

Esta pandemia ha constituido un hito histórico para las relaciones de trabajo, al igual que lo han hecho las revoluciones industriales y los modelos de producción, pues a partir de ahora el mundo entero se ha tenido que adaptar al contexto que se ha presentado y en la medida de sus posibilidades, la población ha incursionado en el teletrabajo.

La Organización Internacional del Trabajo ha señalado en su Guía Práctica denominada *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella*, que como resultado de las medidas de confinamiento se produjeron aumentos significativos del teletrabajo:

Como resultado de las directivas de confinamiento decretadas por los gobiernos, casi 4 de cada 10 empleados en Europa comenzaron a teletrabajar (Eurofound, 2020). El aumento más significativo del teletrabajo tuvo lugar en los países más afectados por el virus y en los que el teletrabajo estaba bien desarrollado antes de la pandemia. En Finlandia, cerca del 60 por ciento de los empleados pasaron a trabajar desde casa. En Luxemburgo, los Países Bajos, Bélgica y Dinamarca, más del 50 por ciento, en Irlanda, Austria, Italia y Suecia, alrededor del 40 por ciento de los empleados teletrabajaban. En esos países, menos trabajadores vieron una reducción en su tiempo de trabajo. En promedio, en Europa, el 24 por ciento de los empleados que nunca habían trabajado desde casa comenzó a teletrabajar, en comparación con el 56 por ciento de los empleados que lo habían hecho ocasionalmente. No obstante, este salto en las cifras muestra que, con la tecnología, las herramientas (por ejemplo, de comunicación) y la reorganización del trabajo adecuados, muchos más trabajos pueden realizarse a distancia de lo que se suponía anteriormente (OIT, 2021).

Lo que indudablemente presenta variaciones dependiendo del país de qué se trate, pues se ha evidenciado que el teletrabajo enfrenta como problema fundamental el contar con las herramientas tecnológicas que permitan realizarlo adecuadamente, pues impacta en los costos de las empresas; con independencia de que la regulación debe de establecer muy claramente las limitantes que impidan generar un ambiente de trabajo poco propicio, que afecte a la salud de los trabajadores.

Por otro lado teletrabajo representa diversas ventajas, tal como lo ha expresado el preámbulo del Real Decreto Ley 28/2020 de España, publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha 22 de septiembre del año 2020:

Además, el trabajo a distancia es fundamental para favorecer el asentamiento y la fijación de población en el medio rural, tal y como se señala en las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, aprobadas por Consejo de Ministros el 29 de marzo de 2019. Esta norma ha de servir para hacer factible la oportunidad de revertir la despoblación, de acuerdo con las características de los territorios que sufren el declive demográfico, como zonas rurales y remotas, o pequeños municipios. (Boletín Oficial del Estado [BOE] 2021).

De la misma forma se aprecia como problema el estrés que genera el uso de las tecnologías, no obstante destaca la adaptación y congruencia de este tipo de normas de trabajo en países como el mencionado, que por lo menos cuentan con una política demográfica definida, igualmente hay que establecer que la reforma en materia de teletrabajo en España, da cumplimiento a la Directiva 2019/1158 de la Unión Europea:

[...] de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se deroga la Directiva UE 2010/18 del Consejo, en la cual se establece un auténtico derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar a través del uso de las formas flexibles de trabajo, incluidas las fórmulas de trabajo a distancia. (BOE, 2021)

Lo que de alguna manera se refleja en la regulación que se ha hecho en México, pues se trata de conciliar la vida laboral con la personal, y desde luego se contribuye a lograr el trabajo decente, que sigue siendo un tema pendiente en el país.

Previo al surgimiento de la pandemia de COVID-19, el teletrabajo representó una proporción muy baja en México, ya que de acuerdo a la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, llevada a cabo por el INEGI en el cuarto trimestre del año 2018, se tuvo que poco más de 752 mil personas realizaban un trabajo relacionado con las tecnologías de la información y comunicación, en donde los hombres representaron el 82.9% y las mujeres el 17.1%, que en su conjunto significaron el 1.4% de la población ocupada del país (Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEGI] 2021).

Con ello se entiende, más no justifica la demora en la reforma laboral en materia de teletrabajo, pues probablemente para los poderes del Estado era poco relevante el sector, a pesar de la dependencia tecnológica que indudablemente ha permeado cada vez más en la sociedad. Igualmente destaca la reducida participación que tuvieron las mujeres en este tipo de actividades relacionadas con la tecnología.

Del mismo modo y acuerdo a la Encuesta Telefónica sobre COVID-19 y Mercado Laboral (ECOVID-ML) llevada a cabo por el INEGI, con corte de información hasta el mes de abril del año 2020, se tiene que de 68.2 millones de habitantes que constituyen la población usuaria de teléfono, sólo 35 millones (51.3%) integran la Población Económicamente Activa, y 33.2 millones (48.7%) corresponden a la Población no Económicamente Activa. (INEGI ECOVID_ML, 2021)

La encuesta desde luego, como ya se ha apuntado, se basa en la población usuaria de teléfono, por lo que de inicio las cifras pudieran variar; aunque para efectos del tema que nos ocupa hay que tomar en cuenta que si la población de que se trata ni siquiera es usuaria de teléfono, sus competencias laborales tecnológicas podrían ser reducidas.

De la citada Población Económicamente Activa, la población desocupada abierta, alcanzó la cifra de 2.1 millones de personas, que representa el 5.9% de la PEA (INEGI ECOVID_ML, 2021) lo que indudablemente es problema a considerar en términos de desempleo.

Por otra parte, el 78.2% no se ausentó de su trabajo ni sufrió suspensión laboral alguna, mientras el 21.8% si se ausentó o su trabajo fue suspendido temporalmente, y de dicha cifra, el 92.9% manifestó que la razón de ello fue el COVID-19 (INEGI ECOVID_ML, 2021).

De 32.9 millones de personas ocupadas				
Trabaja desde casa	Disminuyó su jornada de trabajo	Disminuyó su ingreso	Recibió apoyo del gobierno	No ha recibido apoyo
23%	42%	46%	5%	90%
De ese 23% que trabaja desde casa (7.7 millones de personas)				
Tiene el equipo necesario	Cuenta con condiciones de seguridad e higiene		Ha tomado cursos de capacitación para el trabajo	
70%	84%		27%	

(Elaboración propia con datos del INEGI ECOVID_ML, 2021: 11-12)

Lo que permite apreciar objetivamente el impacto que en materia de trabajo ha traído consigo la pandemia de COVID-19, pues hay que partir de que, de la población de referencia, sólo 32.9 millones de mexicanos se encuentran laborando; con las evidentes consecuencias económicas, a pesar de que los datos oficiales comprenden temporalmente un período reducido si se le compara con lo que ha durado la emergencia sanitaria. En el mismo sentido si el 70% de los 7.7 millones de personas, son quienes cuentan con el equipo necesario para trabajar desde casa, se traduce en 5.39 millones, y 2.31 millones de trabajadores que carecen de herramientas o instrumentos para hacerlo, sin que de la encuesta pueda desprenderse que se cuente con las condiciones propicias, ya que como se ha expresado de acuerdo a la OIT, las jornadas se amplían, los trabajadores tienen a su cuidado menores, se carece de espacios adecuados o se presentan otro tipo de dificultades.

A las cifras citadas se agregan 5 millones de empleos perdidos temporalmente, de los cuales el 46% son de trabajadores sujetos a una relación de trabajo y el 53% a trabajadores independientes. (INEGI ECOVID_ML, 2021)

Asimismo se midió el impacto causado en las viviendas con población de 18 años y más usuaria de teléfono, hasta abril de 2020, de lo cual se obtuvo que en el 30% de los casos, algún integrante de la vivienda perdió su trabajo y en el 65% de los hogares encuestados disminuyeron los ingresos. (INEGI ECOVID_ML, 2021)

Con la disminución de ingresos se produce desde luego un descenso en el nivel de vida que podían llevar las familias e impacta en el consumo de las mismas, lo que desacelera la recuperación de la economía.

Hay que tomar en cuenta las edades, la brecha tecnológica, la disposición que los trabajadores tienen para tele trabajar, pues a manera de ejemplo, al referirnos a la Universidad Veracruzana y en general al trabajo docente que se realiza de manera virtual en las instituciones de educación (sin ser propiamente teletrabajo) se encuentran dificultades de diversa naturaleza, como es la escasez de infraestructura tecnológica, tanto en los profesores, como por parte de los alumnos, sin menoscabo de considerar que no sólo es una cuestión de posibilidades económicas de las personas mencionadas, sino que se extiende a todo el país; a pesar de que el derecho de acceso a Internet es considerado como derecho humano a partir de la reforma en materia de telecomunicaciones del año 2013.

5. La reforma a la LFT en materia de teletrabajo

En fecha 11 de enero del año 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma en materia de teletrabajo; la cual reformó el artículo 311; y se adicionó un capítulo XII Bis con los artículos 330-A; 330-B; 330-C; 330-D; 330-E; 330-F; 330-G; 330-H; 330-I; 330-J y 330-K a la Ley Federal del Trabajo.

En lo que respecta al artículo 311, se suprimió el párrafo segundo y el tercero quedó como segundo.

La redacción anterior del artículo expresaba que sería considerado como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando las tecnologías de la información y comunicación.

Luego entonces, la redacción anterior era muy escueta y prácticamente subsumió al teletrabajo en la categoría del trabajo a domicilio, lo cual es parcialmente cierto; no obstante la reforma del año 2012, resultó insuficiente, y las condiciones para su regulación actual fueron cambiando a partir del contexto actual, en donde indudablemente ha influido la pandemia de COVID-19.

De acuerdo a María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen “En realidad el teletrabajo no es un trabajo, sino una forma de trabajar, es decir, el contenido de la actividad que se teletrabajo puede ser cualquiera, desde las más sencillas y mecánicas, hasta lo más creativo.” (Lacavex, 2009: 116)

En el capítulo XII bis de la ley de la materia, el artículo 330-A define al teletrabajo:

Artículo 330-A.- El teletrabajo es una forma de organización laboral subordinada que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, en lugares distintos al establecimiento o establecimientos del patrón, por lo que no se requiere la presencia física de la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo, en el centro de trabajo, utilizando primordialmente las tecnologías de la información y comunicación, para el contacto y mando entre la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo y el patrón.

La persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo será quien preste sus servicios personal, remunerado y subordinado en lugar distinto a las instalaciones de la empresa o fuente de trabajo del patrón y utilice las tecnologías de la información y la comunicación. (Diario Oficial de la Federación [DOF] 2021)

Como se aprecia, lo que caracteriza a este tipo de trabajo es la utilización de tecnologías de la información y comunicación de manera primordial, más no la única; y sigue teniendo en común con el trabajo a domicilio que se lleva a cabo en lugares distintos al establecimiento o establecimientos del patrón; se define igualmente al teletrabajador y finalmente, en el cuarto párrafo del mencionado artículo 330-A, se establece como limitante que para que resulten aplicables las disposiciones específicas aludidas, deben desarrollarse las relaciones de trabajo más del 40% en el domicilio de la persona trabajadora bajo esta modalidad, o en el domicilio que dicha persona elija.

Limitación fundamental, pues a *contrario sensu*, si las actividades se realizan hasta un 40% pero no más, no serán aplicables las disposiciones; incluso podría combinarse la realización de las labores en un lugar distinto al establecimiento o empresa o bien la utilización de las tecnologías, pero la ley exige que se presenten ambos elementos hasta el referido 40%; entonces tendría que aplicarse la demás normativa, incluida la del trabajo a domicilio.

Asimismo, la ley de la materia establece que no será considerado teletrabajo, si se realiza de forma ocasional o esporádica; no obstante y como se ha comentado con antelación, la norma deja abierta la posibilidad de considerar lo que son estos calificativos; lo que sin duda puede relativizar su interpretación.

En el artículo 330-B se expresa que las condiciones de trabajo deben constar por escrito mediante un contrato, en donde cada una de las partes conservará un ejemplar y debe de contener además de lo establecido por el artículo 25 de la ley, el nombre, nacionalidad, edad, sexo, domicilio de las partes, naturaleza y características del trabajo, monto del salario, fecha, lugar y forma de pago, el equipo e insumos, en donde se debe incluir lo relacionado con las obligaciones de seguridad y salud para los teletrabajadores; la descripción y monto que se pagará a la persona bajo la modalidad de teletrabajo por concepto de pago, los mecanismos de pago y supervisión, duración y distribución de horarios, sin exceder los límites legales, así como las demás estipulaciones que establezcan las partes.

En el numeral 330-C se dispone que la modalidad de teletrabajo debe formar parte del contrato colectivo de trabajo, entregarse un ejemplar gratuito de éste a cada uno de los trabajadores y facilitarse los mecanismos de comunicación y difusión a los teletrabajadores para que conozcan los procedimientos de libertad sindical y negociación colectiva; por su parte el diverso 330-D establece que los patrones que no cuenten con contrato colectivo de trabajo, deberán regular el teletrabajo en sus reglamentos interiores de trabajo.

En el artículo 330-E se señalan las obligaciones especiales de los patrones, en las que se encuentran el proporcionar y mantener los equipos necesarios como equipos de cómputo, sillas, impresoras, el pago de los servicios de telecomunicación y la parte proporcional de la electricidad, llevar un registro de insumos en materia de seguridad y salud en el trabajo, implementar mecanismos para la seguridad de la información y datos; respetar el derecho a la desconexión de los teletrabajadores, cumplir con las obligaciones patronales en cuanto a la inscripción de sus trabajadores al régimen obligatorio del Seguro Social, capacitar a sus trabajadores, recibir los trabajos y pagar oportunamente los salarios.

En el diverso 330-F se enlistan las obligaciones de los teletrabajadores; que son el cuidar y conservar los materiales de trabajo, informar sobre los costos pactados sobre el uso de servicios de telecomunicaciones y consumo de electricidad, apegarse a las disposiciones de salud y seguridad en el trabajo, atender los mecanismos y sistemas operativos para la supervisión de sus actividades y atender políticas y mecanismos para proteger la información y los datos que manejen.

En el numeral 330-G se establece que el cambio de la modalidad presencial al teletrabajo debe ser voluntario y por escrito, excepto en los casos de fuerza mayor debidamente acreditada; igualmente se señala el derecho a la reversibilidad estableciéndose la posibilidad de pactar los mecanismos y procesos para hacer válida esta manifestación de voluntad.

En relación al mencionado artículo debe enfatizarse la consideración de lo que conforme a la ley es considerado teletrabajo de manera esporádica, pues hay trabajo que hoy en día se subsume en esta categoría de manera material, sin que formalmente se haya establecido en las normas de trabajo que correspondan.

En el artículo 330-H se señala la obligación patronal de promover el equilibrio de la relación laboral para cumplir con lo señalado por la OIT como trabajo decente, pues debe haber igualdad de trato, seguridad social, acceso a mejores oportunidades laborales, al igual que los trabajadores presenciales, observarse la perspectiva de género y conciliar la vida personal de los teletrabajadores.

Ojalá y pueda materializarse lo previsto en el artículo en comento, pues el cumplimiento del trabajo decente sigue siendo una aspiración que se vislumbra lejana de lograr, pero que sirve como guía para dirigir los esfuerzos hacia ello; desde luego que la equidad de género y la conciliación de la vida personal o familiar con el trabajo forma parte del trabajo decente, al guardar un equilibrio entre la vida privada y el trabajo, además, como ya se ha expresado

esta disposición parece obedecer a una tendencia, o haber sido tomada de la legislación española, que tuvo lugar en septiembre del año 2020.

El artículo 330-I establece que los mecanismos, sistemas operativos, y tecnología para supervisar el trabajo deben ser proporcionales al objetivo y garantizar el derecho a la intimidad de las personas teletrabajadoras. En consecuencia sólo se colocarán cámaras y micrófonos de manera excepcional.

Parte de la problemática que se presenta es la invasión a la vida privada de los teletrabajadores, así como las dificultades para exigir el pago de horas extras; lo que deriva de la unión del domicilio del hogar con el del trabajo.

En el diverso 330-J, se refiere a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, que tendrán que establecerse en una Norma Oficial Mexicana, por parte de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en la cual habrá que considerar distintos factores, como son los económicos y psicosociales, así como los que tengan que ver con el resguardo de la integridad física y mental de los teletrabajadores.

El último de los artículos relativos es el 330-K, en el que se contienen las atribuciones y deberes especiales de los inspectores de trabajo, que son el comprobar el registro de insumos que los patrones proporcionan los teletrabajadores en cumplimiento a las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo; la vigilancia de la igualdad salarial, y constatar el cumplimiento de las obligaciones especiales.

En el caso de este artículo, se espera funcione de manera adecuada, ya que muchas de las veces la inspección del trabajo en la realización de sus supervisiones, ha pasado por alto algunas cuestiones, en detrimento de los derechos laborales de los trabajadores.

La reforma es indudablemente un avance que puede considerarse sólo el punto de partida para la tutela de los derechos de los teletrabajadores, que por muchos años permanecieron sin regulación, y así asumieron las consecuencias de la omisión, pues se observa en ocasiones, que a pesar de la regulación estricta; la Ley Federal del Trabajo se ha seguido violando, y muestra de ello es el número creciente de asuntos, que se han planteado ante las autoridades laborales.

Después del análisis de la reforma, enseguida se enuncian algunos de los principales aspectos positivos y negativos.

Aspectos positivos:

- La disminución en algunos casos, de los costos para los empleadores, que propicia el crecimiento para las empresas y para la economía en general.
- La normatividad contribuye a lograr el trabajo decente.
- Una mejor planeación en la demografía nacional, si es que se articula con la planeación en esta materia.
- Disminución de los tiempos de traslado, costos de transporte de los trabajadores (en algunos casos)

- Capacitación de los trabajadores en competencias tecnológicas.
- Adecuación de las normas de trabajo al contexto actual.

Aspectos negativos:

- El cumplimiento de la obligación de proporcionar a los tele trabajadores las herramientas tecnológicas, así como la capacitación, impactará en los costos de operación de algunas de las empresas.
- Complicaciones en el cumplimiento de la norma específicamente por cuanto hace a los descansos y el pago del tiempo extraordinario.
- Dificultades en materia procesal, en que respecta a la carga de la prueba del tiempo extraordinario, sobre todo en el caso de teletrabajo desconectado y sin supervisión con cámaras.
- Igualmente en materia procesal, las cargas probatorias en el caso de riesgos de trabajo.
- La violación al derecho a la intimidad y las consecuencias psicológicas como el estrés, aislamiento y pérdida de contacto físico de los tele trabajadores.
- La precarización de las condiciones de trabajo, al igual que ha ocurrido en el trabajo a domicilio.

Desde luego falta por avanzar, y antes de pensar en la necesidad de una regulación aún más pormenorizada, es necesario dar tiempo para que la reforma se materialice y de esta manera proponer las adecuaciones pertinentes, además de tomar en consideración que México se encuentra en la transición hacia el nuevo sistema de justicia laboral.

La pandemia de COVID-19 sirvió de catalizador para la reforma en materia de teletrabajo, pues como se expuso, en todo el mundo se optó por esta modalidad de acuerdo a las posibilidades de cada Estado; de acuerdo a las circunstancias, pues en Europa ya existía el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002 (Boletín Oficial del Estado [BOE] 2020) con algunos aspectos mínimos que se han incorporado hoy en día en las reformas; con lo cual se pone de manifiesto que el derecho del trabajo debe ser dinámico y adaptarse a las transformaciones de los procesos de integración, globalización y regionalización, siempre en la búsqueda de la protección de las fuentes de trabajo y de los derechos de los factores de la producción.

Conclusiones

1.- El trabajo a domicilio es una modalidad que ha existido desde hace muchos años, con una regulación que difícilmente ha respondido para la protección de los derechos de los trabajadores, quienes ante la necesidad de obtener el sustento para sus familias han laborado en condiciones muchas de las veces, desventajosas.

2.- El impacto de los modelos de producción, así como las revoluciones industriales ha sido definitivo para transformar los procesos productivos y las relaciones de trabajo, por lo que a partir de la cuarta revolución industrial (*Industria 4.0*), ha habido un cambio más profundo en cuanto a la utilización o incorporación de la tecnología en el trabajo.

3.- La pandemia de COVID-19 ha servido de catalizador para acelerar las reformas pendientes y adecuación de las normas de trabajo, que se habían postergado quizá porque las cifras permitían justificar qué se trataba de un aspecto menos relevante que otros, sin embargo la realidad se ha impuesto y de repente ante el confinamiento tuvieron que modificarse las relaciones de trabajo y adaptarse al contexto actual.

4.- La reforma de teletrabajo en México ha seguido las tendencias que se aprecian en Europa y otras partes del mundo, tal como lo ha señalado la Organización Internacional del Trabajo, con ello se ha materializado el reconocimiento de derechos y el establecimiento de obligaciones especiales acordes a esta modalidad de trabajo, que constituyen el punto de partida para el mejoramiento de las condiciones de trabajo de los teletrabajadores, ante un contexto complejo, y una realidad que indudablemente ha transformado los procesos productivos y las relaciones de trabajo.

5.- La aplicación de las normas de trabajo, al igual que cualquier reforma, representan un reto que hay que superar de manera gradual y paulatina, pues el artículo primero transitorio del *Decreto por el cual se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo en materia de teletrabajo*, ha señalado que esta normativa entraría en vigor al día siguiente de su publicación, no obstante la justicia laboral en muchas de las ocasiones hay que hacerla valer en los tribunales ante su falta de observancia. Se espera que no sea el caso del teletrabajo, pues debido a lo reciente de la reforma, aún falta evaluar a qué grado se cumplirá con las obligaciones señaladas en la misma.

6.- Finalmente se sostiene que la reforma en materia de teletrabajo dará buenos resultados a mediano y largo plazo, pues es evidente que obligó a los trabajadores a contar con competencias tecnológicas para realizar sus labores, lo cual los inserta y los capacita dentro de la denominada *Industria 4.0*, sin que deba perderse de vista que este tipo de transformaciones redundarán en una mejor sociedad y en la consecución del trabajo decente ya señalado por la Organización Internacional del Trabajo.

Fuentes de consulta

Libros

Lóyzaga De La Cueva, Octavio, 1997, *La Flexibilización de los Derechos Laborales en la Recomposición del Capitalismo*, México, UAM Azcapotzalco.

Revistas

Arancibia Fernández, F. 2011. "Flexibilidad laboral, elementos teórico conceptuales", *Revista de Ciencias Sociales*, no. 26.

Camacho Solís, J. I. 2021. "El teletrabajo, la utilidad digital por la pandemia del COVID-19", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, no 32., enero – junio.

Lacavex Berumen, M. A. C. 2009. "¿Es el teletrabajo, trabajo a domicilio? Una revisión hispanoamericana", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, no. 9., julio - diciembre.

Lóyzaga De La Cueva, O., & Curiel Sandoval, V. A. 2014. "El trabajo a domicilio en México", *Alegatos - Revista Jurídica de La Universidad Autónoma Metropolitana*, no. 88.

Piñero, F. J. 2004. "El modo de desarrollo industrial Fordista – Keynesiano: Características, crisis y reestructuración del capitalismo", *Contribuciones a la Economía*, junio.

Reynoso Castillo, C., 1992, "Trabajo a domicilio en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 73, enero - abril.

Taşkan, B., Karatop, B., Kubat, C. 2020. "Impacts of industrial revolutions on the enterprise performance managemet: A literature review", *Journal of Business & Management*, vol. 26 Issue 1, marzo.

Tepe, G., & Mucan Özcan, B. 2021. "Review and Bibliometric Analysis of Industry 4.0 in Social Sciences", *Dumlupinar University Journal of Social*, no. 67, en <https://doi.org/10.512901/dpusbe.789178>

Zuccarino, M. 2012. “Modelos estadounidense-fordista y japonés-toyotista: ¿Dos formas de organización productiva contrapuestas? Un estudio de caso: trabajadores bolivianos afiliados a la Federación Obrera Local (FOL) en la primera mitad del siglo XX”, *Historia Caribe*, Volumen VII, N° 21 - julio-diciembre.

Legislación

Boletín Oficial del Estado, 2020, en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11043

Decreto por el que se reforma el artículo 311 bis y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, Diario Oficial de la Federación del 11 de enero de 2021.

Real Decreto Ley 28/2020, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11043

Direcciones electrónicas

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102764

<https://www.ilo.org/global/publications/lang-es/index.htm>

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf

https://www.inegi.org.mx/contenidos/investigacion/ecovidml/2020/doc/ecovid_ml_presentacion.pdf

https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/OcupaTIC2019_Nal.pdf

<https://www.stunam.org.mx/8prensa/legadosindical/legado6/legado6-4.htm>

Lozano, L. F., en

<https://www.forbes.com.mx/negocios-ecommerce-se-acelera-1-de-cada-5-clientes-en-america-latina-es-nuevo-a-partir-de-la-pandemia/>, recuperado el 5 de agosto de 2020.

Regulación de las residencias médicas en México y derechos humanos

Recibido 10 mayo 2021-Aceptado 08 junio 2021

Jaqueline del C. Jongitud Zamora*
Universidad Veracruzana. Xalapa-Veracruz, México
jjongitud@uv.mx

Francisco Domingo Vázquez Martínez**
Universidad Veracruzana. Xalapa-Veracruz, México
dvazquez@uv.mx

RESUMEN: *En este artículo se analiza, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la forma en que la NOM-001-SSA3-2012 relativa a educación en salud y a la organización y funcionamiento de residencias médicas protege el derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud. Del mismo modo, se analiza el proyecto de norma oficial con el que pretende sustituirse.*

ABSTRACT: *This article analyzes, from the International Law of Human Rights, the way in which NOM-001-SSA3-2012 regarding health education and the organization and operation of medical residences protects the right to the training of resources human health. In the same way, the draft official standard with which it intends to replace it is analyzed.*

* Licenciada en Derecho, Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Flacso, sede México, y Doctora en Derecho Público por la Universidad Veracruzana. Actualmente se desempeña como investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana y Co-coordinadora de la Clínica de Litigio Estratégico Transformaciones Jurídicas de la misma universidad.

** Licenciado en Medicina, Maestro en Educación Médica y Doctor en Pedagogía por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente se desempeña como investigador del Instituto de Salud Pública de la Universidad Veracruzana y Coordinador del Observatorio de Educación Médica y Derechos Humanos de la misma institución educativa.

Palabras clave: *Derechos humanos, educación médica, posgrado, residencias médicas.*

Keywords: *Human rights, medical education, postgraduate, medical residencies.*

SUMARIO: Introducción. 1. El derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud. 2. La obligación estatal de legislar para proteger los derechos humanos. 3. La NOM-001-SSA3-2012 como norma especial respecto a la formación de médicos residentes. 4. Análisis de la NOM-001-SSA3-2012. 5. El proyecto de sustitución de la NOM-001-SSA3-2012. Conclusiones. Fuentes de consulta.

Introducción

En este texto se aborda la regulación de las residencias médicas en México desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). En particular, se analizan la NOM-001-SSA3-2012, relativa a educación en salud y a la organización y funcionamiento de residencias médicas, y el proyecto de norma oficial mexicana PROY-NOM-001-SSA3-2018 que pretende sustituirla.

La investigación se realizó con el propósito de determinar en qué medida estos instrumentos normativos cumplen con los estándares internacionales aplicables al derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud.

En consideración de la naturaleza del objeto de estudio y del propósito perseguido, la investigación se realizó con un enfoque cualitativo y con técnicas documentales, aplicando los métodos de desempaque de derechos, sistemático y comparado.

El método de desempaque de derechos (Serrano y Vázquez, 2014) fue útil para identificar el derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud como un derecho específico del derecho a la salud e interdependiente con el derecho a la educación. El método sistemático permitió la interpretación de normas nacionales e internacionales en conexión con las disposiciones de la norma oficial sujeta a estudio y su proyecto de sustitución; y, finalmente, el método comparado ayudó a identificar qué estándares de protección del derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud son inobservados por estos cuerpos normativos (Anchondo, 2012).

Los hallazgos del estudio revelan que la NOM-001-SSA3-2012 es omisa en la protección de elementos esenciales del derecho a la educación, vulnera derechos laborales y pone en alto riesgo los derechos a la salud e integridad personal de los estudiantes de las residencias médicas, así como de la población en general. Igualmente, muestran que, aunque el PROY-NOM-001-SSA3-2018 presenta avances en la protección del derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud, es deficitario frente a estándares internacionales y nacionales de protección a este derecho.

La exposición del documento se distribuye en cinco apartados. Los tres primeros están dirigidos a establecer las coordenadas de estudio, a través de la ubicación en el marco de los derechos humanos del derecho a la formación de recursos humanos en materia salud, la descripción de la obligación de los Estados de legislar para proteger los derechos humanos y la identificación de la naturaleza jurídica de las normas oficiales mexicanas a la luz de la legislación nacional. Los dos últimos apartados se destinan a exponer los resultados del análisis de la norma oficial y del proyecto de norma oficial que pretende sustituirla. Finalmente, el documento cierra con breves conclusiones.

1. El derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, intérprete oficial del Pacto Internacional del mismo nombre, entre las obligaciones básicas dimanantes del derecho a la salud se ubica la de "Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector salud, incluida la educación en materia de salud y de derechos humanos" (CDESC, 2000: 43, inciso e). En este sentido la formación de recursos humanos en materia de salud puede ser vista como un derecho específico del derecho a la salud que guarda íntima relación con el derecho a la educación.

La interconexión entre la formación de recursos humanos y la realización del derecho a la salud fue destacada desde las declaraciones de Alma-Ata (1978) y Edimburgo (1988), al señalar estas la necesaria relación entre los sectores educativo y de salud y al hacer un llamado a las escuelas de medicina para realizar mejoras en la formación médica. En 1998, con la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI se reconoció que la misión de este nivel educativo es formar profesionales altamente cualificados para atender las necesidades humanas, siendo la salud, por supuesto, una de ellas. Finalmente, Paul Hunt, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud física y mental, durante su gestión (2002-2008) generó diversos informes en los que destacó la importancia de la educación en materia de derechos humanos (DDHH) de los profesionales de la salud y los efectos negativos que pueden generar en el derecho a la salud las malas condiciones de formación o de empleo de estos (United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2019).

Los planteamientos generales anteriores están presentes en la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la cual determina que:

... para garantizar el derecho a la salud, es menester que se proporcionen con calidad los servicios de salud... Esto es, para garantizar la calidad en los servicios de salud como medio para proteger el derecho a la salud, el Estado debe emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin. Una de estas acciones puede ser el desarrollo de políticas públicas y otra, el establecimiento de controles legales. Así, **una forma de garantizar el derecho a la salud es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología...** (SCJN, 2019: 164). [Destacados propios de los autores].

En el anterior orden de ideas, entre el derecho a la salud y el derecho a la educación de quienes han de formarse en las áreas de ciencias de la salud existe una interconexión. Tales derechos, conforme al DIDH deben interpretarse a la luz de los principios de indivisibilidad e interdependencia (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1968: 13; ONU, 1993: 5), razón por la que entre ellos no opera ninguna forma de jerarquía, se encuentran en pie de igualdad y debe reconocérseles el mismo peso, y la violación del derecho a la educación en la formación de recursos humanos en materia de salud puede traducirse en violaciones al derecho a la salud de la población en general.

2. La obligación estatal de legislar para proteger los derechos humanos

Como bien se sabe, el DIDH se constituye por un conjunto de normas y principios que regulan las relaciones entre Estados, cuyo propósito es el fomento del respeto de los DDHH y las libertades fundamentales, así como el establecimiento de mecanismos para su garantía y protección (Villán, 2002).

En el marco del DIDH, cuando un Estado firma y ratifica, o se adhiere a un tratado de DDHH asume cuatro obligaciones: respetar, proteger, promover y garantizar los derechos. La obligación de proteger, que es la que cobra relevancia en este texto, implica la obligación de los tres niveles de gobierno, en su ámbito de competencia, de generar el andamiaje jurídico, institucional y de políticas públicas que prevengan la violación de DDHH.

Entre las medidas de protección que deben tomar los Estados destaca la de legislar, establecida, entre otros instrumentos internacionales, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 2) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1), ambos tratados suscritos por el Estado mexicano.

El deber de legislar como medida de protección de los DDHH se rige por una serie de criterios, entre ellos: el de crear normas dirigidas a la efectiva realización de los derechos, el de suprimir aquellas que entrañen su violación y el de no generar legislación que los limite o vulnere. En suma, este deber exige dictar normas armonizadas con los tratados suscritos por los Estados y acordes con los estándares internacionales aplicables al derecho humano de que se trate (Jongitud, 2014).

Desde el DIDH se reconoce que para la realización efectiva de los DDHH "las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables" (CDESC, 1990: 3). Pero para que tales medidas sean útiles han de dirigirse a que todas y cada una de las obligaciones a cargo del Estado y de los particulares se hagan efectivas, es decir, que se lleven a la práctica, que se hagan realidad. Si se carece de una base legislativa sólida para el ejercicio de los derechos, estos muy difícilmente se realizarán.

En el anterior orden de ideas, la norma oficial objeto de este estudio y el proyecto para su sustitución constituyen medidas legislativas dirigidas a la protección del derecho a la

formación de los médicos especialistas del país y, por ende, deben responder a los criterios esenciales que les rigen, como se verá más adelante.

3. La NOM-001-SSA3-2012 como norma especial respecto a la formación de médicos residentes

El Estado mexicano es parte de los más importantes tratados de DDHH que reconocen los derechos a la educación y a la salud (ONU, 1948 y 1966; Organización de Estados Americanos [OEA], 1969 y 1988), razón por la que está obligado a legislar para protegerlos. Según Kishore Singh, Relator Especial sobre el Derecho a la Educación (2000-2016), "la legislación nacional debe establecer 'derechos' lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos" (ONU, 2013), lo que está en sintonía con el principio de efecto útil de los tratados, esto es, con el criterio rector que indica que estos han de producir resultados acordes con el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en el ámbito internacional (CDESC, 1998).

México reconoce los DDHH en general y los derechos a la educación y a la salud en los artículos 1º, 3º y 4º de la Constitución federal. Asimismo, cuenta con un amplio entramado normativo para la protección de ambos derechos. Sin embargo, de todas las normas involucradas es la NOM-001-SSA3-2012 la especializada en la formación de médicos especialistas en las residencias médicas, pues este es su objeto de regulación. En este sentido y conforme a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (art. 40, fr. XI), esta norma oficial debería establecer las características, especificaciones, criterios y procedimientos que permitan proteger y promover la salud de las personas. De ahí que la NOM-001-SSA3-2012 declare que su propósito es "garantizar la formación óptima de los médicos especialistas sin menoscabo de la seguridad de los pacientes o de la atención a la salud de la población".

Las Normas Oficiales Mexicanas (NOM) deben ajustarse, siempre, a la Constitución federal y los tratados internacionales, pues de ello depende, en último término, su validez jurídica. Situación particularmente relevante en materia de DDHH en términos del artículo 1º de la Constitución federal y de la jurisprudencia de la SCJN que determina que: "... los derechos humanos, con independencia de su fuente normativa [constitución o tratados internacionales de derechos humanos], forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo" (SCJN, 2011:15).

La NOM-001-SSA3-2012 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2013. El 23 de noviembre de 2018 se publicó el PROY-NOM-001-SSA3-2018 que pretende sustituirla, pero que, hasta el momento –mayo de 2021–, no ha sido publicado *como una norma oficial*, y, por ende, carece de validez jurídica. No obstante, su publicación con el propósito de recabar comentarios de todos los interesados da cuenta de la necesidad de actualización y mejora de la norma oficial que se aborda en este estudio.

4. Análisis de la NOM-001-SSA3-2012

Tal como se señaló anteriormente, la norma oficial debería ser lo suficientemente concreta como para garantizar tanto el derecho a la educación de los médicos especialistas en formación como el derecho a la salud, tratando a estos derechos en pie de igualdad y sin sacrificar ninguno de ellos en aras de la realización del otro (ONU, 1993), lo que se expresa en el mismo objetivo declarado por la norma. Para ello, la NOM-001-SSA3-2012, como una medida legislativa de protección del derecho a la formación de recursos en materia de salud, debería integrar disposiciones dirigidas a la efectiva realización de este derecho y abstenerse de generar normas que lo limite o vulneren.

En el anterior orden de ideas, la debida protección al derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud exige prever una serie de criterios educativos básicos, entre ellos: la orientación de la enseñanza que ha de recibirse, el no sufrir discriminación en el ámbito educativo, el recibir una educación compatible con la dignidad humana y el que se tenga en cuenta el interés superior de los estudiantes.

La orientación o los fines de la educación se establecen, entre otras normas internacionales (ONU, 1948; OEA, 1988), en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual determina que:

Los Estados Partes en el presente Pacto... Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

El texto transcrito tiene su reflejo en el artículo 3º de la Constitución federal y en los artículos 3 y 8 de la Ley General de Educación Superior en los que se indica, respectivamente, que la educación:

Artículo 3. ...Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia...

Artículo 3. La educación superior es un derecho que coadyuva al bienestar y desarrollo integral de las personas...

Artículo 8. La educación superior se orientará conforme a los criterios siguientes:

... III. El respeto irrestricto a la dignidad de las personas;

IV. La igualdad sustantiva para contribuir a la construcción de sociedad libre, justa e incluyente...

X. La cultura de paz y la resolución pacífica de los conflictos, así como la promoción del valor de la igualdad, la justicia, la solidaridad, la cultura de la legalidad y el respeto a los derechos humanos.

La prohibición de discriminación en el ámbito educativo se afianza en todos los tratados de DDHH y, de forma específica, en el artículo 1º de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (ONU, 1960). En México el artículo 1º constitucional determina que está “prohibida toda discriminación... que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”, y el artículo 8 de la Ley General de Educación Superior, en su fracción IV, determina que la educación de este tipo educativo se orientará hacia: “la igualdad de oportunidades que garantice a las personas acceder a la educación superior sin discriminación”.

Recibir una educación compatible con la dignidad humana implica el respeto de los DDHH de los estudiantes y que los métodos de enseñanza sean respetuosos de la misma. En este sentido el CDESC ha señalado que:

...los castigos físicos son incompatibles con el principio... de la ...dignidad humana... Otros aspectos de la disciplina en la escuela también pueden ser incompatibles con la dignidad humana, por ejemplo, la humillación pública. Tampoco es admisible que ningún tipo de disciplina infrinja los derechos consagrados por el Pacto, por ejemplo, el derecho a la alimentación... (CDESC, 1999: 41).

Así, el artículo 3º constitucional prescribe que: “la educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva” y el artículo 8, fracción III, de la Ley General de Educación Superior obliga al “respeto irrestricto de la dignidad de las personas”.

Finalmente, el deber de atender al interés superior de los estudiantes en el ámbito de la enseñanza es visto por el CDESC (1999: 7) como un medio para la correcta aplicación de las obligaciones en materia educativa, en tanto que el artículo 3º de la Constitución federal precisa que: “El Estado priorizará el interés superior de niñas, niños, adolescentes y jóvenes en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos”, disposición que se reitera en la fracción I del artículo 8 de la Ley General de Educación Superior del país.

Expuesto todo lo anterior y en atención a que una de las obligaciones básicas de los Estados en relación al derecho a la salud es “proporcionar capacitación adecuada al personal del sector salud, incluida la educación en materia de salud y de derechos humanos” (CDESC, 2000: 44), se observa que la NOM-001-SSA3-2012 no contempla los fines educativos en la formación de las y los médicos residentes ni prevé su formación en materia de DDHH; tampoco los protege de la discriminación o de ser sometidos en el proceso de enseñanza a situaciones incompatibles con la dignidad humana e ignora su participación e intereses en el proceso de enseñanza-aprendizaje y en la prestación de los servicios educativos.

Quizá se piense que los preceptos constitucionales y legales señalados anteriormente son suficientes para cumplir con los estándares internacionales aplicables al derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud. Pero ello no es así, fundamentalmente

por tres razones. Primero, porque como se ha visto, la NOM-001-SSA3-2012 es la norma especializada en la formación de médicos especialistas en las residencias médicas. Segundo, porque las normas oficiales dirigidas a la garantía de la salud de las personas deben ser lo suficientemente específicas como para alcanzar sus objetivos, en este caso: “garantizar la formación óptima de los médicos especialistas sin menoscabo de la seguridad de los pacientes o de la atención a la salud de la población”. Y, tercero, porque la Ley General de Educación Superior remite a las “condiciones establecidas en las disposiciones aplicables” (art. 71, fracción II) respecto a los estudios relacionados con la formación de recursos humanos en salud.

Por otra parte, estándares del DIDH apuntan a que la debida protección del derecho a la educación incluye que las condiciones materiales y humanas para el funcionamiento de las instituciones de enseñanza sean adecuadas. Así, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que:

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: ...
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza..., y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

Disposición que ha sido interpretada por el CDESC en el sentido de que:

...las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores... las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc. (CDESC, 1999: 6).

La Constitución federal reconoce lo anterior al precisar en su artículo 3º que:

Los planteles educativos constituyen un espacio fundamental para el proceso de enseñanza aprendizaje. El Estado garantizará que los materiales didácticos, la infraestructura educativa, su mantenimiento y las condiciones del entorno, sean idóneos y contribuyan a los fines de la educación. Las maestras y los maestros son agentes fundamentales del proceso educativo... Tendrán derecho de acceder a un sistema integral de formación, de capacitación y de actualización...

A pesar de tales previsiones, la NOM-001-SSA3-2012 ignora desarrollar criterios básicos en torno a estos temas. En su apartado 6, relativo a las disposiciones para las unidades médicas de residentes, detalla requerimientos para la práctica de las especialidades médicas y remite a otras NOM relativas a la infraestructura y el equipamiento de los establecimientos de salud, pero omite precisar condiciones mínimas de infraestructura educativa que se requieren en la formación teórica para la realización de dicha práctica, como salones de clase, cubículos para tutoría, biblioteca, simuladores o acceso a bases de datos, entre otros. De igual forma, el apartado 9, referente a las disposiciones para los profesores titular y adjunto, solo se limita a establecer los requisitos para ocupar estos

cargos y las actividades que deben realizarse, sin prever nada acerca de los derechos, libertades y condiciones mínimas de empleo que corresponden a los médicos que desempeñan tareas docentes en las unidades de salud. Solo a manera de ejemplo, la recomendación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la condición del personal docente de enseñanza superior establece que:

Se adoptarán todas las medidas financieramente viables para ofrecer al personal docente de la enseñanza superior una remuneración que le permita dedicarse de modo satisfactorio a sus tareas y consagrar el tiempo necesario a la formación permanente y a la actualización periódica de sus conocimientos y capacidades...

Los sueldos del personal docente de la enseñanza superior deberán:

- a) estar en relación con la importancia que reviste para la sociedad la enseñanza superior...
- b) ser al menos comparables a los sueldos pagados en otros puestos que requieren competencias similares o equivalentes...

El volumen de trabajo del personal docente deberá ser razonable y equitativo, permitirle cumplir eficazmente con sus deberes y responsabilidades para con los estudiantes... (UNESCO, 1997: 57, 58 y 62).

En la norma también se olvida regular el seguimiento de las actividades académicas que las instituciones educativas deberían realizar, como aval de los estudios de especialidad, y de la tarea de monitoreo que debe realizarse para verificar el cabal cumplimiento de los programas académico y operativo de la residencia médica. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización" (CrIDH, 2018: 41) tanto en instituciones públicas como privadas cuando se trata de servicios de interés público, entrando la educación y la salud en esta categoría.

Finalmente, interesa destacar dos déficits más de protección de la NOM-001-SSA3-2012. El primero consiste en que la norma oficial en su apartado 8, relativo a las guardias, indica que las unidades médicas solo han de aplicar las guardias previstas en el programa operativo, y prohíbe a los médicos residentes imponer guardias adicionales a sus homólogos de menor jerarquía. Una conducta que atenta contra los derechos de médicos residentes y cuya práctica se ha documentado por la investigación en educación médica (Aguilar, 2019; Derive et al., 2018; Herrera y Treviño, 2015; Observatorio de Educación Médica y Derechos Humanos, 2019). Sin embargo, no impone el deber de investigar y castigar este tipo de práctica, tampoco identifica a todos los sujetos que podrían cometerla ni indica qué tipo de sanciones deberían imponerse, quién debería aplicarlas y bajo qué procedimiento, por lo que es una norma incapaz de combatir la conducta que prohíbe y que deja en estado de indefensión a las y los médicos residentes. En este sentido, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que: "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido... que la ampare contra actos que violen sus

derechos...", interpretando el CDESC (1998) que tal recurso no es necesariamente judicial, sino que puede ser administrativo, siempre que sea accesible, no oneroso, rápido y eficaz.

El segundo, se relaciona con la atribución concedida, en el apartado 5, a las instituciones de salud y educativas para acordar la organización y el funcionamiento de las residencias médicas, a través de la celebración de convenio específico. Al respecto debe observarse que la norma oficial no establece los mínimos de protección a los que debe ajustarse dicho convenio, siendo que el propósito legal de esta, como norma técnica especializada, es la de concretar las características, criterios y procedimientos a los que han de ceñirse tanto la organización como el funcionamiento de las residencias médicas y la educación de los médicos residentes. A esto se suman las omisiones de protección señaladas en los párrafos anteriores que, en su conjunto, puede dar pie a la celebración de convenios que no garanticen o que lesionen derechos de los médicos residentes.

Por otra parte, en relación con el deber del Estado de no crear normas que limiten o vulneren los DDHH, cabe decir que, conforme a la norma oficial, el tiempo que los médicos residentes deben permanecer en la unidad médica receptora puede ir de 24 a 32 horas, dependiendo del tipo de guardia que les toque cubrir. Aunque, como se señaló antes, algunas investigaciones demuestran que el tiempo que un médico residente permanece en las unidades médicas receptoras puede ser mayor.

El tiempo de permanencia de los residentes en las unidades de salud atenta contra normas nacionales e internacionales de DDHH, porque si bien es cierto que la Ley Federal del Trabajo (LFT) prevé un capítulo especial para el trabajo de estos,¹ no menos cierto es que dicho capítulo debe interpretarse en atención a los tratados internacionales de DDHH, la Constitución federal, las finalidades de la LFT y las reglas generales que ella consagra.

En relación con normas internacionales en la materia puede citarse el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que indica: "toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute de tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas". Disposición que se reitera en el artículo 7.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 7.h del Protocolo de San Salvador, en el que se precisa: "limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales" (OEA, 1988), y en el que claramente se dispone que los Estados deben proteger este derecho en su legislación interna. Tarea que México realiza a través del artículo 123 constitucional, en el que se prescribe:

I. La duración de la jornada máxima será de ocho horas; ...

XI. ... En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas...

XXVII. Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato:

a) Las que estipulen una jornada inhumana por notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo.

¹ Denominado Trabajos de Médicos Residentes en Período de Adiestramiento en una Especialidad.

Por cuanto, a las finalidades de la LFT, baste con decir que esta busca propiciar el trabajo decente, es decir, aquel en el que se respeta la dignidad humana del trabajador, no existe discriminación, se percibe un salario remunerador, se cuenta con seguridad social y condiciones óptimas de seguridad e higiene, se recibe capacitación, se respetan los derechos colectivos de las y los trabajadores y se tutela su igualdad frente al patrón (art. 2). En tanto que las reglas generales que rigen a la LFT (art. 3, 5, 61, 62 y 181) incluyen: que el trabajo debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida digna y la salud de los trabajadores, la prohibición de una jornada inhumana por notoriamente excesiva y la duración máxima de ocho horas de la jornada laboral, todas ellas acordes a los mandatos constitucionales y a los tratados internacionales en materia de DDHH.

La forma en que la norma oficial regula las guardias triplica y cuadruplica la jornada máxima de trabajo, constituyendo así una jornada inhumana por notoriamente excesiva, conllevando un alto riesgo de violación a los derechos a la salud e integridad personal de los médicos residentes, así como una clara violación a normas laborales. Por los efectos que causa esta regulación en los residentes: falta de concentración, torpeza mental, desarrollo del síndrome de burnout, depresión y ansiedad (Derive, 2018), pone en alto riesgo el derecho a la salud de la población; y, es un obstáculo para la adecuada formación de médicos especialistas del país.

En suma, se observa que la norma oficial en materia de educación en salud y para la organización y funcionamiento de las residencias médicas del país incumple con criterios específicos de protección al derecho a la formación de recursos en materia de salud y prevé normas que vulneran derechos fundamentales de los médicos residentes.

5. El proyecto de sustitución de la NOM-001-SSA3-2012

El PROY-NOM-001-SSA3-2018 mantiene, con cambios de redacción, el mismo propósito de la norma oficial que pretende sustituir. En él se lee:

la presente Norma tiene como finalidad garantizar, a través de la organización y funcionamiento de las Residencias Médicas, la formación óptima de los médicos especialistas sin menoscabo de la seguridad de los pacientes ni de la calidad de la atención a la salud de la población. (PROY-NOM-001-SSA3-2018)

El proyecto conserva las deficiencias de la norma oficial respecto a la protección de los fines de la educación y del interés superior del estudiante, la formación en materia de DDHH de los médicos residentes, la regulación de las condiciones mínimas de empleo de los médicos que realizan tareas docentes, la ausencia de mecanismos para investigar y sancionar las violaciones a los DDHH de los estudiantes de especialidades médicas y de la previsión de condiciones mínimas a cumplir en los convenios suscritos entre instituciones educativas y de salud. Pero incorpora la obligación de respetar la dignidad de los estudiantes y la prohibición de discriminación contra ellos mediante la previsión del derecho a recibir una "educación de posgrado en un ambiente de respeto a sus derechos

humanos, equidad e igualdad...” (punto 10.1). También integra la previsión del cumplimiento por parte de las unidades médicas de requisitos de infraestructura, equipamiento y plantilla docente (punto 4.16) y el seguimiento a las actividades académicas en las residencias médicas (punto 6.2.3).

El proyecto también incorpora modificaciones en la duración de las guardias de médicos residentes. Prevé que estas:

...deben ocurrir dos veces por semana como máximo y tendrán intervalos de por lo menos tres días entre cada una de ellas. En caso de requerirse alguna otra modalidad en el esquema de Guardias, el promedio anual de horas semana no podrá exceder de 80 horas de servicio, incluyendo la jornada (punto 8.1).

Esta forma de regular las guardias implica una mejora respecto a la regulación de la norma oficial vigente, pero aun así duplica la jornada laboral máxima permitida, por lo que este proyecto de norma oficial continua sin dar cabal cumplimiento al deber del Estado mexicano de no crear normas que limiten o vulneren el derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud y, en este sentido, sigue constituyendo una infracción al deber de proteger la salud e integridad personal de los médicos residentes.

Conclusiones

Las principales conclusiones que se derivan del análisis de la NOM-001-SSA3-2012 y del proyecto de sustitución de esta son tres. En primer lugar, que México con estos cuerpos normativos no da cumplimiento a la obligación de proteger el derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud.

En segundo término, que ninguno de estos dos instrumentos logra desarrollar el conjunto de disposiciones que se requieren para alcanzar el objetivo que se proponen, esto es, “garantizar la formación óptima de los médicos especialistas sin menoscabo de la seguridad de los pacientes o de la atención a la salud de la población”.

Por último, que ambos ordenamientos enfatizan, en diferente medida, el papel de los médicos residentes como trabajadores de las instituciones de salud, subordinando su derecho a la educación a la satisfacción de las necesidades del servicio, violentando normas elementales del derecho del trabajo.

Los resultados del análisis son preocupantes, pues como advirtiera Paul Hunt –Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud física y mental– hace ya casi dos décadas, de la formación y las condiciones de trabajo del personal de salud depende, en gran medida, la garantía del derecho a la salud de la población en general.

Fuentes de consulta

- Aguilar, L. G. (2019). Sobre residencias médicas, un mundo de esclavitud moderna. *Propersonae* 8 (20). Recuperado de: <https://es.calameo.com/read/001178351bf00627dd764>
- Anchondo, V. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *Quid Iuris*. (16): 33-58.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). *Observación General No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Parte*. De 14 de diciembre de 1990. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1452.pdf>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998). *Observación General No. 9. La aplicación interna del pacto*. De 1º de diciembre de 1998. Recuperado de: http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/ObsGral_09.pdf
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999). *Observación General No. 13. El derecho a la educación (artículo 13)*. De 10 de diciembre de 1999. Recuperado de: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-13-derecho-educacion-articulo-13>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. De 11 de agosto de 2000. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Caso Poblete Vilches vs. Chile. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf
- Derive, S., Casas, M. L., Obrador, G. T., Villa, A. R., Contreras, D. (2018). Percepción de maltrato durante la residencia médica en México: medición y análisis bioético. *Revista de Investigación en Educación Médica*. 7 (26). Recuperado de: <http://riem.facmed.unam.mx/node/750>

Herrera, J. C., y Treviño, A. (2015). Violencia en cursos de posgrado en pediatría médica. Una muestra en hospitales-escuela mexicanos. *Memorias del XIII Congreso Nacional de Investigación del Consejo Mexicano de Investigación Educativa*. Recuperado de: <http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v13/doc/1000.pdf>

Jongitud, J. (2014). Por una Ley General de Educación superior para México. *Letras jurídicas*. 15 (30). Recuperado de: <https://www.uv.mx/cedegs/files/2020/10/Revista-Letras-Juridicas-numero030.pdf>

Ley Federal del Trabajo. Diario Oficial de la Federación de 1º de abril de 1970, últimas reformas al 23 de abril de 2021. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft.htm>

Ley Federal sobre Metrología y Normalización. Diario Oficial de la Federación de 1º de julio de 1992. Recuperado de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4674405&fecha=01/07/1992

Ley General de Educación Superior. Diario Oficial de la Federación de 20 de abril de 2021. Recuperado de: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5616253&fecha=20/04/2021

Norma Oficial Mexicana NOM-001-SSA3-2012. *Educación en salud. Para la organización y funcionamiento de residencias médicas*. Diario Oficial de la Federación de 4 de enero de 2013. Recuperado de: http://transparencia.uach.mx/informacion_publica_de_oficio/fraccion_i/nom_001_ssa3_2012.pdf

Observatorio de Educación Médica y Derechos Humanos (2019). *Educación médica y derechos humanos. Evaluación del respeto a los derechos humanos de estudiantes de medicina de la Universidad Veracruzana, en las unidades de atención médica*. México: Instituto de Salud Pública de la Universidad Veracruzana. Recuperado de: <https://www.uv.mx/obeme/files/2019/08/Informe-Educacion-Medica-Derechos-Humanos.pdf>

Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. De 22 de noviembre de 1969. Recuperado de:

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de Estados Americanos. *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. De 17 de noviembre de 1988. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. De 10 de diciembre de 1948. Recuperado de: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1960). *Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza*. De 15 de diciembre de 1960. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. De 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1968). *Proclamación de Teherán*. Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/34/pr/pr38.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (1993). *Declaración de Viena*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf

Organización de las Naciones Unidas (2013). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh. La justiciabilidad del derecho a la educación. De 10 de mayo de 2013. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/136/35/PDF/G1313635.pdf?OpenElement>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (1998). *Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el siglo XXI*. Recuperado de: <https://www.iesalc.unesco.org/ess/index.php/ess3/issue/view/21>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (1997). *Recomendación relativa a la condición del personal de enseñanza superior*. De 11 de noviembre de 1997. Recuperado de: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Organización Mundial de la Salud (1978). *Declaración de Alma-Ata*. Recuperado de: <http://www.isg.org.ar/wp-content/uploads/2011/08/Declaracion-Alma-Ata.pdf>

Organización Mundial de la Salud (1988). *Declaración de Edimburgo*. Recuperado de: <https://files.sld.cu/sccs/files/2010/04/1-edimburgo-1988.pdf>

Proyecto de Norma Oficial Mexicana PROY-NOM-001-SSA3-2018. Educación en salud, para la organización y funcionamiento de residencias médicas en establecimientos para la atención médica. Diario Oficial de la Federación de 23 de noviembre de 2018. Recuperado de: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5544617&fecha=23/11/2018

Serrano, S. y Vázquez, D. (2014). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2009). *Derecho a la salud. Su protección en el artículo 271, segundo párrafo, de la Ley General de Salud*. Jurisprudencia por reiteración. 1a./J. 50/2009. Recuperado de: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/167530>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2011). *Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a los que establece el texto constitucional*. Jurisprudencia por contradicción. Expediente 293/2011. Recuperado de: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/24985>

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (2019). Annual thematic reports of the Special Rapporteur on the right to physical and mental health. Available in: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/AnnualReports.aspx>

Villán, C. (2002). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta.

Estado de Derecho y emergencia sanitaria

Recibido 29 marzo 2021-Aceptado 29 junio 2021

María del Rosario Huerta Lara*

Universidad Veracruzana. Xalapa-Veracruz, México
rhuerta@uv.mx

RESUMEN: Aunque el mundo contemporáneo ya se ha enfrentado al SARS, la influenza H1N1, el MERS y el Ébola, lo cierto es que la escala global del brote de COVID-19, en cada parcela del orbe, supera en todo cualquier precedente. En esta crisis se debate de como las posibles respuestas tecnológicas a emergencias sanitarias, también pueden ser ocasión para quebrantar elementos esenciales del estado de derecho.

Existen evidentes afectaciones al derecho a la privacidad debido a las respuestas tecnológicas a la COVID-19 y a las prácticas de vigilancia digital realizadas con el empeño y patrocinio de gobiernos y empresas tecnológicas, en el contexto de la pandemia y fuera de ella. Este artículo resume cómo la privacidad y la vigilancia digital están previstas por la ley internacional, particularmente las regulaciones a la privacidad, aplicables a los datos de salud.

ABSTRACT: Although the world has faced SARS, H1N1 Influenza, Mers and Ebola, the global scale of COVID-19 outburst in every place of this world, exceeds all expectations and precedents. In this crisis different possible technological answers and sanitary emergencies are debated, it can also be time to infringe essential elements of the rules of law.

There are evident affectations upon the right to privacy due to the technological responses to COVID-19 and to the surveillance practices employed in and out of of the pandemics context. This article summarizes how digital privacy and surveillance are provided by the international law, particularly the regulations to privacy, applicable to health data. It also tries to give a general description to the digital surveillance measures unfolded in times of COVID-19, besides sketching some international legal

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Brinda una descripción general de las medidas de vigilancia digital desplegadas en tiempos de COVID-19, además de esbozar algunos estándares legales internacionales contra los cuales se debe evaluar la legalidad de las medidas de vigilancia relacionadas con la pandemia.

Palabras clave: Estado de Derecho. Derecho a la privacidad. Derecho internacional público. Emergencia sanitaria. Tecnología digital. Vigilancia epidemiológica.

standards against which the legality of the surveillance measures related to COVID must be evaluated.

Keywords: Rules of law. Right to privacy. Public international rights. Sanitary emergency. Digital Technology, Epidemiological surveillance.

SUMARIO: Introducción. 1. De la privacidad y el Derecho internacional. 2. Regulación de datos de salud. 3. Principios rectores y estándares. 4. Principios de Siracusa: derogar o limitar derechos. 5. Legalidad, Necesidad y Proporcionalidad. Conclusiones. Fuentes de consulta.

Introducción

La situación de emergencia sanitaria global, causada por la pandemia COVID 19, bajo ninguna circunstancia debe ser causa para debilitar o reducir la obligación estatal de respetar los derechos fundamentales, con motivo de un peligro o desastre que requiera la acción inmediata de los poderes públicos. La salud pública puede invocarse como causal para limitar ciertos derechos, con el fin de permitir que un Estado tome medidas frente a una amenaza grave para la salud de la población o de sus miembros. Estas medidas deben estar dirigidas específicamente a prevenir enfermedades o lesiones, brindar atención a los enfermos y heridos. Sin embargo, en el espectro de las decisiones gubernamentales, ha sido constante divisa aquella referida a los *tiempos extremos que requieren medidas extremas*, para justificar decisiones autoritarias durante la gestión de la pandemia en la escala global y nacional.

Paradójicamente, las nuevas tecnologías digitales que podrían permitir a los estados la mejor cooperación y solidaridad en materia de salud global, también podrán aplicarse con oportunidad y atingencia como herramientas de vigilancia de personas y colectivos, sin excusa, para restringir o limitar derechos fundamentales, poniendo en juego el acceso a la justicia y la gobernanza, responsables de resolver y decidir estos dilemas de la *res publica*.

Las capacidades tecnológicas de la era digital, desarrolladas durante la gestión de la emergencia sanitaria, están influyendo en múltiples áreas del Derecho, desde los principios de Derecho internacional público de no intervención y prohibición del uso de la fuerza, hasta los derechos humanos tan fundamentales como son la vida, la salud, el disfrute de las libertades públicas, entre otros mandatos orientados a la tutela de la población vulnerable;

de los que no se puede sustraer el Estado mexicano, en virtud de la jurisdicción internacional.

Se ha advertido sobre los peligros de una *vigilancia digital* basada en las nuevas tecnologías, afirmando que "las pandemias, como otras emergencias, a menudo han sido momentos catalizadores para la expansión permanente del gobierno" (Giglio, M., 2020). El futuro se encuentra lejos de ser un nicho de privacidades y es posible que una vez pasada la pandemia no finalice esa cualidad de alerta extraordinaria que imbuye a las sociedades actuales. El escenario posterior, puede aumentar aún más las preocupaciones por este derecho. Los Estados y las entidades corporativas que ahora aprovechan el impulso de la crisis sanitaria para probar sus capacidades de vigilancia, deben rendir cuentas de los estándares de *legalidad*, *necesidad* y *proporcionalidad* de derechos humanos. La *transparencia* y *supervisión* de las medidas de vigilancia, deben cumplirse con la intervención de actores nacionales e internacionales.

Superando toda disyuntiva entre privacidad y salud, los ciudadanos tienen el derecho para exigir un sistema de vigilancia sanitaria que respete la privacidad con total eficacia. Las garantías del derecho internacional de los derechos humanos no deben ser omitidas ni suspendidas en tiempos de pandemia, debido a que su aplicación en varios escenarios y al mismo tiempo, brindan a los estados la discreción necesaria para ponderar entre las preocupaciones de privacidad, con la necesidad objetiva de recopilar información. La protección de la persona frente al surgimiento de las innovaciones tecnológicas, debe ser preocupación nuclear de las sociedades que propugnen la preservación de los derechos y las libertades públicas.

El derecho internacional de los derechos humanos proporciona a los estados, instrumentos jurídicos que prevén *derogaciones* y *limitaciones* al derecho a la privacidad. Es de esperar que los estados que recurren a medidas de vigilancia, basadas en la tecnología digital durante la pandemia, utilicen este conjunto de herramientas de manera responsable, en total cumplimiento con los requisitos tanto sustantivos como de procedimiento. Cualquier medida potencialmente intrusiva a la privacidad debe tener una base legal sólida y ajustarse al objetivo declarado de combatir la pandemia. El estado de derecho en cualquier país se basa en la noción de confianza en el gobierno. La capacidad de manejar una emergencia de salud pública sin caer en el *panóptico* de vigilancia,¹ descrito por Michel

¹ El panóptico era un tipo de arquitectura carcelaria ideada por el filósofo utilitarista Jeremy Bentham hacia fines del siglo XVIII. El objetivo de la estructura panóptica era permitir a su guardián, guarecido en una torre central, observar a todos los prisioneros, reclusos en celdas individuales alrededor de la torre, sin que estos puedan saber si son observados. Formulado por Michel Foucault a la par de la noción Biopolítica que da significado a un poder que ejerce una influencia positiva en la vida, que se esfuerza por administrarlo, optimizarlo y multiplicarlo sometiéndolo a controles precisos y regulaciones integrales.

Foucault en *Vigilar y Castigar* (Foucault, M., 2002: 184-186), es una base esencial para la confianza y prevalencia del estado de derecho.

1. De la privacidad y el Derecho internacional

El *derecho* a la *privacidad* está consagrado en los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, incluido el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Estos instrumentos de derechos humanos protegen la vida privada y familiar de las personas de interferencias ilegales, así como su domicilio y correspondencia. El derecho a la privacidad no es absoluto. Las disposiciones de los tratados de derechos humanos sobre privacidad reconocen este derecho y proporcionan un marco para las limitaciones legales del mismo. El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1988) ordena que las interferencias al derecho a la privacidad no deben ser arbitrarias o ilegales. El artículo 11 de la CADH (1969) establece que las interferencias no deben ser *arbitrarias o abusivas*. El artículo 8 del CEDH (04 de noviembre de 1950) dispone que,

no habrá injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que sea conforme a la ley y necesario en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública, la economía, el bienestar del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud, para la protección de los derechos y libertades de los demás. (CEDH, 1950)

En el vasto cuerpo de jurisprudencia relacionada con la vigilancia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) proporciona orientación sobre cómo deben interpretar estas limitaciones al derecho a la privacidad.

En el caso *Klass y otros versus Alemania*, (TEDH, 1978) el TEDH dictaminó que la limitación del derecho a la privacidad, en forma de escuchas telefónicas e inspección del correo, era legal, en relación al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH, 198: párrafo 60, p 23). Empero, de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos, tales medidas son calificadas *arbitrarias e ilegales*, como *interferencias* a la *privacidad*, en virtud del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1988), cuya demostración procesal requirió resolver las siguientes cuestiones:

La de establecer si existió una interferencia con el derecho a la privacidad. Para lo cual se espera que los solicitantes demuestren que las medidas controvertidas existen de hecho y constituyen una interferencia con la privacidad. Aunque de hecho está entrelazado, este requisito es formalmente independiente de demostrar que los solicitantes califican como víctimas de la presunta violación (ya sea directa, indirecta o potencial). La condición de víctima, junto con otras condiciones, debe probarse para demostrar la admisibilidad de la

solicitud ante el TEDH, pero es distinta del análisis sustantivo de la presunta violación. (TEDH, Guía de admisibilidad, 2014)

La de establecer si la interferencia se llevó a cabo de conformidad con la ley. Este requisito incluye dos elementos, a saber: la interferencia con la privacidad debe tener una base en la legislación nacional y, en segundo lugar, que la ley sea lo suficientemente "previsible", para que los ciudadanos pueden comprender en qué circunstancias pueden ser en algún momento, objeto de alguna vigilancia; qué mecanismos de supervisión se instrumentaran para proteger sus derechos y cuándo se eliminarán los datos recopilados. Se debe puntualizar que muchos de los ordenamientos nacionales que sancionan la vigilancia son imprecisos y vagos, sin arreglo al derecho internacional.

La de establecer si es necesaria la *injerencia* del *Estado* en la *vida privada* de los *ciudadanos* (democracia, estado de derecho), con la finalidad de cumplir con un objetivo legítimo, fundado y motivado en la ley. Este requisito, a veces dividido en dos (necesidad en una sociedad democrática y objetivo legítimo), está destinado a evaluar la proporcionalidad de los *finés* de la vigilancia (por ejemplo, seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, prevención de desórdenes o delitos, protección de la salud o la protección de los derechos y libertades de los demás) y los *medios*. Se espera que las medidas de vigilancia legales hagan solo lo que sea "estrictamente necesario" (Klass and Others v. Germany, 1978, para. 43) y el caso (Weber and Saravia v. Germany, 2006, para. 78: 17-18) para la consecución del objetivo legítimo declarado.

En *Weber y Saravia versus Alemania*, el TEDH, a pesar de declarar el caso inadmisibile (2006: 18), elaboró una lista de salvaguardas mínimas que los gobiernos deben observar para resolver qué medidas de vigilancia se consideren legales. La lista, que pasó a denominarse *Weber Six* (Lubin, A., 2018: 543), incluye las siguientes categorías de información que deben estar disponibles para los posibles objetivos de la vigilancia, esto es: los motivos que pueden dar lugar a la vigilancia; las categorías de personas que podrían estar sujetas a ella; el límite de duración; el procedimiento a seguir para examinar, utilizar y almacenar los datos obtenidos; las precauciones que se deben tomar al comunicar los datos a otras partes; y las circunstancias en las que los datos recopilados puedan o deban ser borrados.

Las primeras decisiones en materia de vigilancia, resueltas por el TEDH, en el caso *Klass* y *Weber*, no pudieron considerar el devenir digital de la vigilancia, sin embargo, proveyeron un marco sólido para analizar las intrusiones a la privacidad basada en la tecnología. A partir del año 2013 (Greenwald, G., 2013) se incorpora a la discusión pública, dentro y más allá de los internacionales marcos de derechos humanos, la agenda de privacidad digital. Muchos de los parámetros en torno a las intrusiones digitales en la privacidad, se emitieron a través de las Naciones Unidas [NU], resoluciones de la Asamblea, decisiones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas [ONU] (Consejo de Derechos Humanos [CDH], 24 de marzo de 2015; 22 de marzo de 2017), y los informes de expertos

independientes de la ONU. En 2015, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU estableció un nuevo mandato del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad (CDH, 1 de abril de 2015) para abordar sus dimensiones en el estado de vigilancia. Todos los informes del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, se encuentran disponibles en el sitio web (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH], 2016).

2. Regulación de datos de salud

Aunque las reglas generales sobre privacidad se aplican a todos los aspectos de la vida de una persona, incluido su historial médico, la protección de los datos relacionados con la salud está sujeta a garantías de privacidad adicionales. Un ejemplo útil es el Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea (RGPD), en virtud de sus amplias garantías a la privacidad y una protección especial a los datos relacionados con la salud.

El artículo 1 del RGPD define los "datos relacionados con la salud" como "datos personales relacionados con la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención médica, que revelan información sobre su estado de salud" (RGPD, 2016, artículo 1 [15]). El artículo 9 del RGPD prohíbe el procesamiento de "datos relacionados con la salud", a menos que dicho procesamiento esté justificado por uno de los diez motivos enumerados (RGPD, 2016, artículo 9), que incluyen, entre otros, el consentimiento explícito, la protección de intereses vitales de los pacientes y el interés público en el área de la salud. En principio, la recopilación y el procesamiento de datos sanitarios están sujetos a los mismos criterios de limitación que se aplican a otras interferencias de la privacidad. Es necesario evaluar la necesidad y proporcionalidad de las medidas impuestas, así como la adecuación de su base jurídica. Sin embargo, el lenguaje de RGPD deja en claro que la sensibilidad particular de los datos de salud requiere un mayor grado de escrutinio al evaluar si la recopilación de datos es permisible. Sin embargo, existe un descargo de responsabilidad importante. Aunque los datos de salud personales son confidenciales y justifican un alto grado de protección contra interferencias ilegales, el uso de la vigilancia sigue siendo fundamental para responder a emergencias de salud pública.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la vigilancia de la salud pública es la recopilación, el análisis y la interpretación continua y sistemática de datos relacionados con la sanidad, que son esenciales para la planificación, implementación y evaluación de la práctica médica (Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades, 2019). Es imperativo que los estados generen datos estadísticos *despersonalizados* en torno a las pandemias (número de casos registrados y las tasas de mortalidad) disponibles para el público. Este tipo de vigilancia, a diferencia del rastreo de contactos individualizado, no afecta directamente las libertades individuales ni amenaza con revelar datos personales. Si bien, el riesgo de que los datos sean robados o filtrados como resultado de una intrusión de terceros, es en gran medida una cuestión de seguridad de los datos, más que de la

privacidad de los datos. En este caso, la recopilación de datos en sí, no tiene como objetivo violar los derechos de privacidad, pero la falta de suficientes medidas de *ciberseguridad* puede conducir a una violación de la privacidad.

Aplicaciones móviles y vigilancia física

Durante la pandemia se ha introducido una gran variedad de aplicaciones móviles (Alderson, E., 2020), por parte gobiernos, autoridades locales y empresas privadas. Algunas son voluntarias y otras obligatorias. Estas aplicaciones se basan en tecnologías de protocolo abierto y protocolo cerrado, como se aprecia en safesmart (<https://safesmart.co.uk/open-closed-protocols-mean/>); unas, dirigidas a rastrear los *contactos* de las personas infectadas; otras, para verificar el cumplimiento de las órdenes de confinamiento.

Una rápida cobertura por los principales diarios del mundo nos informa que Singapur fue pionero en el lanzamiento de la aplicación *Trace Together*, posteriormente subcontratada y utilizada por otros países para modelar sus propias aplicaciones, con dispositivos portátiles para rastrear la propagación del virus de manera más efectiva (Asher, S., 2020; Chiang, S., 2020). China fue el primer país en enfrentar la pandemia y uno de los primeros en recurrir a medios tecnológicos para contenerla. La aplicación *Alipay Health Code* es el producto de la cooperación entre el gobierno local de Hangzhou y *Ant Financial*, una empresa hermana del gigante del comercio electrónico *Alibaba* (Mozur, P., Zhong, R. y Krolik, A., 1 de marzo de 2020). Se proyectó en Hangzhou a principios de febrero del 2020 y se extendió rápidamente por todo el país. La aplicación asigna a los usuarios un código de color basado en el estado de salud y el historial de viajes, que las autoridades pueden escanear (Davidson, H., 2020). En general, las personas con un código verde pueden viajar con relativa libertad; un código amarillo, indica que el titular debe estar en aislamiento domiciliario y un código rojo, advierte que el usuario es un paciente COVID-19 confirmado y debe permanecer en cuarentena (Davidson, H., 2020). Según El New York Times, el usuario otorga al software acceso a datos personales, una parte del programa con la etiqueta "reportInfoAndLocationToPolice" envía la ubicación de la persona, el nombre de la ciudad y un número de código de identificación a un servidor, mientras que la conexión de la aplicación con la policía no se informa a los usuarios (Mozur, P., Zhong, R. y Krolik, A., 2020). Los *algoritmos*² exactos utilizados para determinar si las personas son epidemiológicamente *seguras* o *inseguras*, no están disponibles para el público, lo que a veces conduce a cambios arbitrarios del estado de "seguridad" codificado por colores. Esto arroja dudas sobre la

² RAE, Diccionario "Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema." A lo largo de la historia varios autores han tratado de definir formalmente a los algoritmos utilizando modelos matemáticos. Esto fue realizado por Alonzo Church en 1936 con el concepto de "calculabilidad efectiva" basada en su cálculo lambda y por Alan Turing basándose en la máquina de Turing. Citado en Gurevich, Yuri (2000). «Sequential Abstract State Machines capture Sequential Algorithms».

efectividad de la aplicación para lograr el objetivo declarado de contener el virus y plantea otro problema de privacidad en China. Especialmente preocupante es la retórica de las autoridades para justificar el uso de la aplicación, incluso cuando la pandemia cede. De acuerdo a esto, la tecnología puede convertirse en un "guardián íntimo de la salud" para las personas y están explorando las posibilidades de ampliar el código de salud para clasificar a los ciudadanos con un "índice de salud personal" (Zhong, R., 26 Mayo 2020).

Otra aplicación de seguimiento es la identificada como *Supervisión social*, lanzada por las autoridades de Moscú, criticada por su empleo como herramienta para el control punitivo de la cuarentena. El uso de esta aplicación es obligatorio para las personas que han dado positivo en la prueba de COVID-19 o que presenten síntomas de enfermedades respiratorias. La aplicación obtiene acceso a la ubicación del usuario, las llamadas, la cámara, la información de la red, los sensores y otros datos para garantizar que las personas a las que se les indique que se pongan en cuarentena no salgan de su hogar durante el período de dos semanas (Human Rights Watch Rusia, 21 de mayo de 2020). La aplicación envía notificaciones automáticas al azar, con la instrucción de que los usuarios se tomen y envíen inmediatamente una *selfie*, como prueba de que no han salido de casa sin el teléfono (Human Rights Watch Rusia). La falta de respuesta a una notificación, que puede llegar hasta la medianoche, da lugar a una multa automática de 4.000 rublos (aproximadamente US \$ 56). No instalar la aplicación también resulta en una multa. Según *Human Rights Watch*, en mayo del año pasado, a la población residente en Moscú se le instaló la aplicación y se emitieron 53.000 multas (Human Rights Watch Rusia). La aplicación de *monitoreo social* y la práctica de usarla, no solo interfieren con los derechos de privacidad, que imponen una sustancial carga financiera para las personas ya afectadas por la crisis.

Vigilancia física: Las cámaras y los drones son un instrumento aún más tangible de la "biopolítica" relacionada con la COVID-19. La presencia (a menudo intimidante) de cámaras en espacios públicos ya ha sido controvertida antes de la pandemia. Sin embargo, la actitud de algunos actores por mejorar las capacidades de la videovigilancia, amenaza con normalizar las prácticas intrusivas a la privacidad. Según los informes de los medios, la vigilancia con drones se ha desplegado en los Estados Unidos (Governing, April 14, 2020), Malasia, España, Italia, y el Reino Unido. Las cámaras de vigilancia se han utilizado en Francia, en Rusia, en China, y Estados Unidos.

3. Principios rectores y estándares

La crisis sanitaria plantea desafíos a la privacidad, compeliendo la adopción de medidas que protejan la salud pública. La declaración conjunta de expertos de las Naciones Unidas (ONU), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) (OACNUDH, 19 marzo 2020), advierten contra las invasiones de la privacidad en el dictado de luchar contra la pandemia de COVID-19.

Dice, en parte relevante:

... Somos conscientes del uso creciente de herramientas de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus. Si bien entendemos y apoyamos la necesidad de realizar esfuerzos activos para enfrentar la pandemia, también es crucial que dichas herramientas sean de uso limitado, tanto en términos de propósito y tiempo, y que los derechos individuales a la privacidad, la no discriminación, la protección de los periodistas las fuentes y otras libertades están rigurosamente protegidas. Los estados también deben proteger la información personal de los pacientes. Instamos encarecidamente a que cualquier uso de dicha tecnología cumpla con las protecciones más estrictas y solo esté disponible de acuerdo con la ley nacional que sea consistente con los estándares internacionales de derechos humanos. (OACNUDH, 19 marzo 2020)

En este contexto, en el informe 2020 sobre pandemias, el relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, formuló seis principios que deben regir la *vigilancia* durante la actual emergencia sanitaria (Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU], 23 de abril de 2020):

1. Toda autorización de vigilancia debe estar contenida en leyes precisas y accesibles al público y solo debe aplicarse cuando sea necesario y proporcionado para lograr un objetivo legítimo (como proteger la salud pública);
2. La autorización de vigilancia de determinadas personas debe basarse en una evaluación independiente, preferiblemente por una autoridad judicial, con las limitaciones adecuadas en cuanto a tiempo, lugar, forma y alcance;
3. Debería exigirse un mantenimiento riguroso de los registros para que las personas y los órganos de supervisión puedan comprobar que la vigilancia se llevó a cabo con fines legítimos de salud pública;
4. Todos los datos personales recopilados deben estar sujetos a estrictas protecciones de privacidad para evitar la divulgación de información a cualquier persona no autorizada para fines de salud pública;
5. Algunos datos personales deben excluirse expresamente de la recopilación, como el contenido de las comunicaciones de una persona, y deben establecerse salvaguardias sólidas para evitar el uso indebido de dichos datos por parte del gobierno o de terceros, incluido el uso para fines no relacionados con la emergencia de salud pública.
6. Cuando los datos personales se anonimizan, el Estado y cualquier tercero que participe en la recopilación deben poder demostrar ese anonimato. (AGNU, 23 de abril de 2020)

Estos principios se basan en estándares de *legalidad, necesidad y proporcionalidad*, previamente establecidos en los tratados de derechos humanos, destacando los máximos y mínimos del derecho internacional, en relación al actuar de gobiernos y empresas privadas, dedicadas a la recopilación de datos (ONU, 2011).

4. Principios de Siracusa: derogar o limitar derechos

La salud pública puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos, a fin de permitir a los Estados adoptar medidas extraordinarias frente a una emergencia grave que amenace a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Estas medidas deberán estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones, a proporcionar

cuidados a los enfermos y lesionados. De acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, que incluye el derecho a la privacidad, los estados cuentan con dos mecanismos legales para decidir sus respuestas a la emergencia sanitaria de la COVID 19, a partir del instrumento denominado *Principios de Siracusa* (ONU, 1985), relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de *limitación y derogación* de los derechos comprendidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966, artículo 4). Estas limitaciones y derogaciones, consagradas en tal instrumento, son compartidas con otras disposiciones similares en los tratados regionales de derechos humanos, se observa en el Protocolo núm. 11 y 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (OEA, 22 de noviembre de 1969, artículo 27; Consejo Europeo [CE], 4 noviembre de 1950, artículo 15).

En el contexto de la COVID-19, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH] y el Comité de Derechos Humanos [CDH] de la ONU, han proporcionado directrices adicionales sobre el alcance de estas limitaciones y derogaciones durante la pandemia (CDH, 30 de abril de 2020; OACNUDH, 27 de abril de 2020). En situaciones de emergencia, el derecho internacional de derechos humanos permite a los Estados *derogar* ciertas obligaciones de derechos humanos, bajo ciertas medidas necesarias y solo en circunstancias urgentes. El mecanismo de derogación, en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, presupone la existencia de una *emergencia nacional* que amenaza la vida y requiere que el estado *derogante* siga ciertos pasos procesales para declarar la derogación, varios tratados (CE, 4 de noviembre 1950, artículo 15; OEA, 22 de noviembre de 1969, artículo 27; PIDCP, 16 de diciembre de 1966) procuran los derechos humanos.

Las derogaciones se consideran un mecanismo que debe emplearse en circunstancias extraordinarias, mientras tales circunstancias continúen impidiendo a los Estados realizar plenamente los derechos humanos. El CDH de la ONU, que es responsable de la interpretación autorizada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece seis requisitos específicos que los estados deben cumplir, si quieren derogar sus obligaciones de derechos humanos. A saber:

Los Estados deben: 1) proclamar el estado de emergencia; 2) notificar formalmente al Secretario General de la ONU de su intención de derogar; 3) garantizar que las medidas de excepción cumplan estrictas pruebas de necesidad y proporcionalidad; 4) garantizar que las medidas de derogación no interfieran con otras obligaciones internacionales de derechos humanos; 5) garantizar que las medidas de excepción se apliquen de forma que no sea discriminatoria; y 6) continuar defendiendo los derechos inderogables (Centro de Recursos de Justicia Internacional [CRJI], 29 de abril 2020; CDH, 30 de abril de 2020, párr. 2, págs. 1-2).

Si bien la pandemia de COVID-19 puede calificar claramente como una emergencia potencialmente mortal, en todos los estados afectados por el brote, la adhesión a un

mecanismo de derogación a menudo sigue siendo poco empleada por los estados. Incluso aquellos que han declarado un estado de emergencia nacional, no optan por el procedimiento de derogar los derechos humanos a nivel internacional. Las derogaciones son herramientas útiles para garantizar que las limitaciones a los derechos humanos, tengan un plazo determinado y se limiten a la emergencia pandémica (Greene, A. 01 de abril de 2020). Sin embargo, el hecho de que los estados no hagan uso del mecanismo, no significa que las respuestas a la pandemia, incluidas las relacionadas a los derechos de privacidad, no estén sujetos al derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) recomienda que los estados se abstengan de utilizar el mecanismo de derogación cuando sea posible, afirmando que "aunque se permite la derogación o suspensión de ciertos derechos cuando se declaran tales emergencias, las medidas de suspensión de derechos deben evitarse, cuando la situación pueda tratarse adecuadamente *estableciendo restricciones o limitaciones a ciertos derechos*" (OACNUDH, 27 de abril de 2020).

Poner limitaciones a los derechos humanos inderogables es otra forma en que los estados pueden gestionar sus respuestas a la COVID-19. Los criterios para utilizar limitaciones son menos estrictos que los que rigen las excepciones. Los derechos humanos pueden limitarse legalmente incluso en momentos en los que no existe una emergencia urgente que ponga en peligro la vida. Eso no significa que las limitaciones a los derechos humanos no tengan límites razonables. Por el contrario, es necesario cumplir una serie de criterios para que las limitaciones se consideren legales. Si bien el mecanismo de limitaciones no tiene un artículo específico en El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos, establece mecanismos para su protección y garantía. Se refleja en varios artículos sustantivos del ICCPR (16 de diciembre de 1966, artículo 18 (3); Artículo 19 (3); Artículo 22 (2); CDH, 8 de abril de 1988) y se desarrolla en la jurisprudencia, (TEDH, 04 diciembre de 2015; TEDH, 13 de septiembre de 2018) y el análisis de expertos (Asociación Estadunidense para la Comisión Internacional de Juristas, 1985: 6-9). En el contexto de la vigilancia, la jurisprudencia del TEDH (TEDH, 2008; TEDH, 2010; TEDH, 2015; TEDH, 2018; Tribunal de Justicia de las Uniones Europeas [TJUE], 6 de octubre de 2015; TJUE, 16 de julio de 2020) es particularmente útil al interpretar las condiciones para las limitaciones legales de la privacidad, ya que ningún otro organismo judicial o cuasi judicial internacional se ha acercado a la experiencia del TEDH en el manejo de casos relacionados con la vigilancia. Los criterios del TEDH para las limitaciones legales de la privacidad también son consistentes con la interpretación del órgano de tratados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre las interferencias "arbitrarias o ilegales" en la privacidad de conformidad con el artículo 17 y la Observación general número 16 del Comité de Derechos Humanos (OACNUDH 8 de abril de 1988, artículo 17). Según estas fuentes, las medidas de vigilancia

introducidas para combatir el COVID-19 deben satisfacer de manera acumulativa criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad (OACNUDH, 30 junio de 2014).

5. Legalidad, Necesidad y Proporcionalidad

Legalidad. Las medidas en cuestión deben ser "de conformidad con la ley". Siguiendo el enfoque del TEDH, esto significa que la vigilancia debe estar claramente sancionada por la legislación nacional del Estado que la práctica. Sin embargo, la mera documentación de las medidas de vigilancia en papel no será suficiente para satisfacer este criterio. La ley que introduce medidas de vigilancia debe ser "previsible", es decir, suficientemente precisa "para dar a los ciudadanos una indicación adecuada de las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están facultadas para recurrir a cualquier medida [de vigilancia]" (TEDH, 13 de septiembre de 2018, párr. 306: 127). En el contexto de la COVID-19, esto significa que las personas objetivo de la vigilancia tienen derecho a saber qué información sobre ellos o sus contactos se recopilará, quién podrá acceder a la información recopilada y cuáles son los límites de retención de datos.

Necesidad. El criterio de necesidad implica que cualquier medida de vigilancia debe abordar una "necesidad social apremiante" (OACNUDH, 27 de abril de 2020). Si bien no existe un desacuerdo sobre si la pandemia de COVID-19 calificaría como tal, la necesidad de mantener las medidas de vigilancia en su lugar después de la COVID-19, prevenir futuras pandemias puede ser más discutible.

Proporcionalidad. El equilibrio entre los fines y los medios de vigilancia es fundamental. Si las medidas de vigilancia son ineficaces para manejar la pandemia y perjudican la privacidad individual, no cumplirían el criterio de proporcionalidad. Las intrusiones masivas a la privacidad no se justificarían por ganancias marginales en la contención de la pandemia. Las limitaciones al derecho a la privacidad deben representar la opción menos intrusiva entre las que podrían lograr el resultado deseado (27 de abril de 2020). Una consideración relevante al evaluar la legalidad de una limitación particular es si dicha limitación es discriminatoria o no. Si bien en la jurisprudencia del TEDH este aspecto suele abordarse como parte de una violación separada del artículo 14 del CEPDH (04 de noviembre de 1950), es frecuente tratarlo también como otro criterio para las limitaciones legales de los derechos humanos (Ponta, A., 20 de abril 2020). La limitación no es discriminatoria cuando no se dirige injustamente a los representantes de un grupo en particular. Sin embargo, no apuntar a un grupo demográfico específico de manera discriminatoria, debe distinguirse de la introducción de medidas de vigilancia masiva que abarcan demasiado, sin que nadie se inmiscuya en su privacidad. La aplicación de la prueba de limitación legal a las medidas de vigilancia reales aplicadas durante la pandemia de COVID-19 debe analizarse caso por caso. La idoneidad de las salvaguardias contra los abusos de la privacidad dependiente de varios factores: qué tan transparentes son los estados sobre las medidas de vigilancia, cuánta información se recopila y qué tan útiles son los datos recopilados para combatir la

propagación del virus. Para ilustrar el rango de resultados, una tabla que compare dos aplicaciones de vigilancia diferentes, con los tres requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, refleja el tipo de evaluación, caso por caso, que se requiere para valorar la legalidad de diferentes medidas. Ya sea que los estados adopten un marco de derogaciones o limitaciones realistas (siendo la última, una opción más), sus poderes de vigilancia no serán absolutos. Para evitar intrusiones ilegítimas a la privacidad, una evaluación como la anterior debería convertirse en una pieza central para analizar si determinadas medidas de vigilancia cumplen con el derecho internacional de los derechos humanos.

Conclusiones

Si bien la pandemia de COVID-19 ha generado un gran debate sobre el valor del rastreo de contactos y la dependencia de la tecnología que permite hacer un seguimiento de los ciudadanos y las personas con quienes se encuentran, el uso de la información y la tecnología no es nuevo en la gestión de las emergencias de salud pública. Resulta preocupante que en algunos Estados se utilice la tecnología y el grado de intromisión y control al que se somete a los ciudadanos, con escaso efecto en la salud pública. Pese a que aún no se dispone de una base empírica necesaria para determinar de manera concluyente si las medidas contra la COVID-19 que afectan la privacidad, son *necesarias y proporcionadas* en una sociedad democrática. Dos aspectos particulares de las repercusiones de la COVID-19 en el derecho a la privacidad se refieren a la *protección de datos y la vigilancia*. Las actividades de vigilancia y de rastreo de contactos, relacionadas con la pandemia, pueden adoptar diversas formas y pueden ser manuales o tecnológicas, anónimas o no, y consensuadas o no. Las inquietudes surgen cuando se propone o se despliega apresuradamente un aparato de vigilancia tradicionalmente empleado para fines de seguridad del Estado con el propósito de rastrear datos relacionados con la salud en beneficio de la salud pública en el contexto de una pandemia.

Si un Estado determina que es preciso aplicar medidas de vigilancia tecnológica como respuesta a la pandemia mundial, debe asegurarse, tras demostrar tanto la necesidad como la proporcionalidad de las medidas específicas, de disponer de una ley que prevea tales medidas explícitamente. La ley debe incluir salvaguardias que, si no se explican con suficiente detalle, no pueden considerarse adecuadas en virtud del derecho internacional. Sin embargo, se debe reconocer que hay muchas más cuestiones de privacidad en juego durante la pandemia, incluidas las relativas a los niños, el género y el papel que desempeñan los algoritmos, entre otras.

El rastreo de contactos es la herramienta clásica empleada por las entidades de salud pública para detener la propagación de enfermedades transmisibles. Constituye una intromisión en la vida privada, porque requiere que al paciente revele con quién ha estado en contacto durante un período de tiempo determinado. Tradicionalmente, en la mayoría

de los países, este ha sido de manera implícita uno de los casos excepcionales en que el derecho a la privacidad no tiene que ser absoluto. La necesidad de detener la propagación de una posible epidemia constituye uno de los poquísimos casos de bien común en los que el interés público se valora socialmente por encima del derecho a la privacidad o, incluso, de otros derechos como la libertad de circulación y la libertad de asociación. En pocas palabras, para evitar la propagación del cólera o la tuberculosis, por ejemplo, las autoridades tienen derecho a saber quién sufre la enfermedad y ordenar el aislamiento estricto bajo normas sanitarias estrictas, entre otras cosas. Sin embargo, es demasiado pronto para evaluar adecuadamente la eficacia de las medidas adoptadas en relación con la COVID-19 y para dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Qué funciona? ¿Qué funciona mejor? ¿Qué funciona mejor para quién? ¿Qué funciona mejor en qué lugar? Una vez individualizada una medida, la siguiente pregunta es: ¿por qué funcionó o funciona mejor esta medida, para quién y dónde? Se espera que las pruebas que se obtengan en los próximos meses permitan comprender mejor estas variables y otras, lo que ayudaría a los expertos en materia de privacidad a evaluar adecuadamente las medidas adoptadas contra la COVID-19, determinar si las medidas no consensuadas cumplen las estrictas pruebas de proporcionalidad y necesidad.

Fuentes de consulta

Alderson, E. (2020). Covid 19 Tracker Apps. Consultado en <https://fs0c131y.com/covid19-tracker-apps/>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (23 de abril de 2020). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, sobre las pandemias de enfermedades y la libertad de opinión y expresión. Consultado en <https://undocs.org/A/HRC/44/49>

Asher, S. (5 July 2020). TraceTogether: Singapore turns to wearable contact-tracing Covid tech, en BBC News. Recuperado de <https://www.bbc.com/news/technology-53146360>

Asociación Estadunidense para la Comisión Internacional de Juristas. (1985). Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consultado en <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>

Caso Klass And Others V. Germany. (1978). Application no. 5029/71, Judgement of 6 September 1978, para. 43, ECtHR. Recuperado de <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/55425/1/34198-95543-1-PB.pdf>

Centro de Recursos de Justicia Internacional. (29 de abril de 2020). ACNUDH y el Comité de Derechos Humanos: las excepciones durante el COVID-19. Consultado en <https://ijrcenter.org/2020/04/29/ohchr-human-rights-committee-address-derogation-during-covid-19/>

Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades. (2019). Preguntas frecuentes: Datos y vigilancia COVID-19. Consultado en <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/covid-data/faq-surveillance.html>

Chiang, S. (2020). De la aplicación Trace Together al dispositivo portátil: por qué el rastreo de contactos no funcionaría en S'pore, Vulcan Post. Consultado en <https://vulcanpost.com/701007/why-contact-tracing-would-not-work-singapore/>

Comité de Derechos Humanos. (30 de abril de 2020). Declaración sobre derogaciones del Pacto en relación con la pandemia COVID-19, CCPR / C / 128/2. Consultado en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementEN.pdf>

Consejo de Derechos Humanos. (24 de marzo de 2015). Resolución 28 / L.27, El derecho a la privacidad en la era digital. Consultado en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G15/061/64/PDF/G1506164.pdf>

Consejo de Derechos Humanos. (01 de abril de 2015). Resolución sobre el derecho a la privacidad en la era digital. Consultado en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/068/78/PDF/G1506878.pdf>

Consejo de Derechos Humanos. (22 de marzo de 2017). Resolución 34 / L.7 / Rev.1, El derecho a la privacidad en la era digital. Consultado en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G17/073/06/PDF/G1707306.pdf>

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. (4 de noviembre de 1950). Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1249.pdf>

Davidson, H. (2020) Las aplicaciones del código de salud del coronavirus de China plantean preocupaciones sobre la privacidad. The Guardian. Consultado en <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/01/chinas-coronavirus-health-code-apps-raise-concerns-over-privacy>

Foucault, M. (2002). Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. Traducción de Aurelio Garzón del Camino. 1ª ed. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina. Recuperado de <https://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>

Giglio, M. (22 April 2020). Would You Sacrifice Your Privacy to Get Out of Quarantine? The Atlantic. Recuperado de <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/04/coronavirus-pandemic-privacy-civil-liberties-911/609172/>

Governing. (April 14, 2020). Drones in Florida Remind Residents to Keep Their Social Distance. Consultado en <https://www.governing.com/now/Drones-in-Florida-Remind-Residents-to-Keep-Their-Social-Distance.html>

Greene, A. (01 de abril de 2020). Los Estados deberían declarar un estado de emergencia utilizando el artículo 15 del CEDH para hacer frente a la pandemia del coronavirus, Estrasburgo. Consultado en <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemia/>

Greenwald, G. (6 jun 2013). NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily, The Guardian. Recuperado de <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>

Gurevich, Y. (2000). Sequential Abstract State Machines Capture Sequential Algorithms. ACM Transactions on Computational Logic 1 (1): 77-111. ISSN 1529-3785.

Human Rights Watch Rusia. (21 de mayo de 2020) La aplicación de seguimiento intrusivo impone multas erróneas a los moscovitas. Recuperado de <https://www.hrw.org/news/2020/05/21/russia-intrusive-tracking-app-wrongly-fines-muscovites>

Lubin, A. (2018). "We Only Spy on Foreigners": The Myth of a Universal Right to Privacy and the Practice of Foreign Mass Surveillance. Chicago Journal of International Law, Vol. 18, No. 2. Article 3, pág. 543. Consultado en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol18/iss2/3>

Mozur, P., Zhong, R. y Krolik, A. (01 de marzo de 2020). En Coronavirus Fight, China les da a los ciudadanos un código de color, con banderas rojas. New York Times. Consultado en <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1988) Derecho a la privacidad, Artículo 17, Observación general No. 16. El derecho al respeto de la privacidad, la familia, el hogar y la correspondencia, y la protección del honor y la reputación, 8 de abril de 1988. Consultado en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3584.pdf>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (30 junio de 2014). Sobre el derecho a la privacidad en la era digital. Consultado en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A.HRC.27.37_en.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2016). Annual thematic reports of the Special Rapporteur on the right to privacy. Consultado en <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/AnnualReports.aspx>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (19 marzo 2020). COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y el libre flujo de información durante una pandemia, consultado en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25729&LangID=E>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (27 de abril de 2020). Medidas de emergencia y COVID-19: Orientación. Consultado en https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf

Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Consultado en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1985). Consejo Económico y Social. Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Doc. De la ONU. E / CN.4 / 1985/4. Consultado en <http://hrlibrary.umn.edu/instree/siracusapinciples.html>

Organización de las Naciones Unidas. (2011). Principios rectores sobre empresas y derechos humanos: implementación del marco de las Naciones Unidas "Proteger, respetar y remediar". Consultado en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consultado en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Ponta, A. (20 de abril 2020). Ley de derechos humanos en la época del coronavirus, ASIL, Volumen 24, Número 5. Consultado en <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/5/human-rights-law-time-coronavirus>

Real Academia Española. (2021). Consultado en <https://www.rae.es/>

Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. (27 abril de 2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y sobre la libre circulación, DO 2016 L 119/1. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

Safesmart. (June 23, 2015) protocolos abiertos y cerrados: ¿qué significa todo? Consultado en <https://safesmart.co.uk/open-closed-protocols-mean/>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2008). Liberty And Others vs The United Kingdom. Sentencia del TEDH, 1 de julio de 2008.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). Kennedy vs El Reino Unido, Sentencia de 18 de mayo de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2014). Guía de admisibilidad del TEDH sobre todos los criterios de admisibilidad; Consultado en: https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf

Tribunal de Justicia de las Uniones Europeas. (6 de octubre de 2015). Max Schrems v. Data. Comisionado de Protección, C-362/14.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2015). Roman Zakharov Versus Rusia. Solicitud no. 47143/06, Sentencia de 4 de diciembre de 2015. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-159324%22%5D%7D>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2018). Big Brother Watch y otros contra el Reino Unido. Solicitud nos. 58170/13, 62322/14 y 24960/15, sentencia de 13 de septiembre de 2018.

Tribunal de Justicia de las Uniones Europeas. (16 de julio de 2020). Comisionado de Protección de Datos contra Facebook y Max Schrems, C-311/18.

Weber And Saravia V. Germany. (2006). Application no. 54934/00, Admissibility Decision of 29 June 2006, para. 78.

Zhong, R. (26 May 2020), China's Virus Apps May Outlast the Outbreak, Stirring Privacy Fears, The New York Times. Consultado en <https://www.nytimes.com/2020/05/26/technology/china-coronavirus-surveillance.html>

Testamento y herencia digital

Recibido 07 mayo 2021-Aceptado 09 julio 2021

Armando Adriano Fabre*

Universidad Veracruzana. Xalapa-Veracruz, México
aadriano@uv.mx

Modesta Lorena Hernández Sánchez**

Universidad Veracruzana. Xalapa-Veracruz, México
modhernandez@uv.mx

RESUMEN: De acuerdo con los Códigos Civiles -federal y estatales- la regulación del testamento en México se ciñe sobre diversos supuestos en los que de forma oral o escrita y desde diferentes escenarios, el testador puede establecer las condiciones que estime pertinentes para que se disponga de sus bienes y derechos, así como para que se cumplan determinados deberes después de su muerte. Partiendo de esa lógica, la información procedente de cuentas electrónicas de facebook, twitter, instagram, redes de mensajería, blogs, entre otros, también integran los bienes del ciudadano,

ABSTRACT: According to the Civil Codes - federal and state- the regulation of the will in Mexico is limited to various assumptions in which orally or in writing and from different scenarios, the testator can establish the conditions that he deems pertinent so that his assets and rights, as well as for certain duties to be fulfilled after his death. Based on this logic, the information from electronic accounts of Facebook, Twitter, Instagram, messaging networks, blogs, among others, also make up the citizens' assets, because their presence on the network is made up of their

* Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana campus Xalapa; Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Veracruzana campus Xalapa; Doctor en Derecho por la Universidad de las Naciones campus Veracruz; Docente de la Universidad Veracruzana campus Veracruz; Vocal de la Cátedra de Excelencia de la Universidad Veracruzana "Mahatma Gandhi".

** Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana campus Veracruz; Maestra en Derecho Penal y Juicio Oral por la Universidad de las Naciones campus Veracruz; Abogada postulante; Docente de la Universidad Veracruzana campus Veracruz; Vocal de la Cátedra de Excelencia de la Universidad Veracruzana "Mahatma Gandhi".

en razón a que su presencia en la red está conformada con sus datos personales. Lo anterior, pone de manifiesto la necesidad de que la normativa en materia de sucesiones debe transitar hacia un nuevo paradigma que reconozca la regulación de los derechos que deriven del uso de las tecnologías de la información y comunicación como parte de nuestras actividades laborales, académicas, profesionales o recreativas. Tal es el caso de Francia y España, que han demostrado estar a la vanguardia al contemplar en sus legislaciones civiles la regulación del testamento digital, a fin de garantizar la gestión adecuada de las cuentas online de cualquier modalidad, después de la muerte de su titular.

Palabras clave: Testamento, identidad digital, sucesiones, pandemia, tecnologías de la información, notario, testador.

personal data. The foregoing highlights the need for the inheritance regulations to move towards a new paradigm that recognizes the regulation of the rights that derive from the use of information and communication technologies as part of our work, academic activities, professional or recreational. Such is the case of France and Spain, which have proven to be at the forefront by contemplating in their civil laws, the regulation of the digital will.

Keywords: Will, digital identity, successions, pandemic, information technology, notary, testator.

SUMARIO: Introducción. 1. Generalidades sobre el testamento y sus modalidades. 2. El testamento emergente. 3. Las sucesiones en el ámbito virtual. 4. Regulación del testamento digital. Conclusiones. Fuentes de consulta.

Introducción

El dinamismo que caracteriza al derecho se traduce en la necesidad de adecuarlo a las situaciones y condiciones actuales que enfrenta la sociedad. Bajo esa tesitura, cada evento o avance tecnológico que ha surgido en el devenir del tiempo ha hecho evidente la obligación de tener esquemas vanguardistas en el ámbito educativo, económico, sanitario, político, laboral, y desde luego, jurídico.

La interacción del ser humano con el mundo cibernético ha dado lugar al surgimiento de derechos digitales que incluyen el uso de las plataformas que utilizamos de manera asidua, como por ejemplo: *facebook, twitter, instagram*, redes de mensajería, blogs, entre otras; las cuales representan un amplio espacio de libertad, responsabilidad y de las que nadie se ocupa cuando su usuario fallece.

Ante los retos que se vislumbran a consecuencia del uso de las plataformas virtuales, afirmamos que la legislación mexicana en materia de sucesiones -federal o estatal- se está convirtiendo en obsoleta, dado a que hasta la fecha en la que se escribe la presente

colaboración, no existe rubro alguno que regule los derechos procedentes del uso de las tecnologías de la información y comunicación, pese a que cada día el ser humano interactúa con mayor frecuencia en el mundo digital, como resultado del reconocimiento del acceso al internet como derecho humano.

En esa línea de ideas, esta colaboración tiene como objetivo especificar cuáles son los términos jurídicos que actualmente regulan las disposiciones testamentarias en México, con el propósito de identificar las carencias que presenta nuestra normativa en el tema, en comparación con la de países europeos como Francia y España, que jurídicamente tratan la identidad digital como patrimonio básico del *de cujus*. Se utilizan los métodos deductivo y comparativo, en razón a que la exposición del contenido se realiza de lo general a lo particular, contrastando la normativa mexicana contra la normativa europea en materia de testamentos escritos y digitales. Puntualizamos que los resultados obtenidos permiten afirmar que en México no se está protegiendo a plenitud la voluntad de los ciudadanos que otorgan un testamento.

Para finalizar, la presente colaboración consta de cuatro apartados: en el primero, abordamos el marco teórico y jurídico de la institución de la sucesión y el testamento en México; en el segundo, ahondamos sobre las formalidades para otorgar un testamento durante la pandemia SARS CoV-2; en el tercero, presentamos lo relativo a la regulación de la identidad digital como un rubro esencial del patrimonio personal, y en el cuarto, hablamos sobre el destino de los bienes digitales y su posterior legado.

1. Generalidades sobre el testamento y sus modalidades

La institución de la sucesión es una de las más lentamente elaboradas en la historia del derecho, dado a que en las primeras sociedades no existía una verdadera sucesión testamentaria y se desconocía el concepto de propiedad individual. Sin embargo, con la llegada del derecho romano en el año 753 a.C. comenzó a tomar forma la libertad de testar, de modo que las disposiciones hereditarias en un primer momento fueron primitivas, pero conforme se fueron ampliando las libertades, el derecho de testar y heredar bienes fue evolucionando a lo que hoy en día conocemos.

Ahora bien, el concepto del testamento ha sido definido por un sin número de autores y leyes. Todos los profesionales del derecho hemos leído distintas acepciones del término, sin embargo, existen definiciones que han sido consideradas como las más notables, mismas que exponemos a continuación:

Mucius Scaevola refiere que el testamento:

Es un acto espontáneo, personal, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone, para después de su muerte, tanto de su fortuna, como de todo aquello que, en la espera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él estén unidas por cualquier lazo de intereses (Barea, 1998, pág. 16).

Por otro lado, Bonnetcase lo define como:

Un acto jurídico solemne, cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que se seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extra pecuniario, es esencialmente revocable, en él el testador a nada obliga. No es necesario que englobe todos los bienes del difunto y surte plenos efectos únicamente en caso de muerte (Bonnetcase, 1993: 22).

En el mismo orden de ideas, sobresalen las definiciones de autores como Ruggiero, De Pina Vara, De Buen y Lozano, Rojina Villegas y Rodolfo Sohm, las cuales versan sobre la solemnidad con la que se manifiesta la voluntad del testador y los efectos jurídicos que produce después de su muerte.

A continuación, exponemos algunas generalidades que se deben tener en cuenta para estar en condiciones de otorgar un testamento y que, a su vez, representan la ejecución del principio de inmediatez del notario, dado a que es responsabilidad de este último, dar fe de que a su juicio los comparecientes tienen la capacidad legal para realizar el acto requerido, libertad del consentimiento, así como el conocimiento de la naturaleza y alcance del acto notarial (Ríos Hellig, 2012, pág. 79).

Con relación a la capacidad para testar, el artículo 1305 del Código Civil Federal, establece que pueden realizar un testamento todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho; por otro lado, el artículo 1306 señala que están incapacitados para testar:

- I. Los menores que no han cumplido dieciséis años, ya sean hombres o mujeres;
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

Respecto a los elementos que deben ser tomados en cuenta en cualquier sucesión testamentaria, se enumeran los siguientes: 1) el derecho del testador a disponer sobre la transmisión de sus bienes para después de su muerte -mientras se encuentra con vida-; 2) el deber del testador de dar cumplimiento a las obligaciones con respecto a su cónyuge, hijos y otros familiares con quien los tenga por disposición de la ley y; 3) dar cumplimiento a cualquier otra obligación frente a terceros o que tenga arreglo a la ley (Pérez Contreras, 2010).

Según lo ordenado en el multicitado Código Civil Federal, podemos advertir como reglas de interpretación, las contenidas en los siguientes numerales:

Artículo 1300: "La disposición hecha en términos vagos a favor de los parientes del testador se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima".

Artículo 1302: "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con notoria claridad que fue otra la voluntad del testador".

En caso de duda sobre la inteligencia o la interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más acorde a la intención del testador, según lo estipulado en el testamento y alguna prueba auxiliar que presenten los interesados.

Dicho lo anterior, también es conveniente mencionar que de acuerdo con el artículo 1344 y subsecuentes de dicho código, el testador es libre para establecer determinadas condiciones al disponer de sus bienes, bajo la premisa de que, si el heredero o legatario no cumple con alguna de las medidas impuestas, esto no impedirá que reciba lo que le corresponda, siempre que haya empleado todos los medios necesarios para cumplir con éstas. Ahora que, si se establecieran condiciones imposibles -por ejemplo: concertar una entrevista con Benito Juárez, entregarle una carta a Miguel Hidalgo, explorar los restos del Titanic, entre otras- se tendrán por no puestas; en el mismo sentido, se prohíbe obligar a una persona a poner disposiciones en su testamento a favor de otra persona, tampoco se pueden imponer obligaciones de no dar o no hacer, por ejemplo: prohibir la impugnación del testamento.

Ahora bien, es preciso señalar que a partir del artículo 1499 del Código Civil Federal, se advierte una clasificación entre los testamentos ordinarios y especiales; en ese contexto, el artículo 1500 menciona que son ordinarios aquellos que se otorgan en tiempos normales de vida, tales como: el testamento público abierto, público cerrado, público simplificado, y ológrafo; por otro lado, el artículo 1501 estipula que el testamento especial puede ser privado, militar, marítimo y hecho en un país extranjero.

Testamento público abierto: Bajo el criterio del jurista Asprón Pelayo, este documento:

Es el único que permite hacer un testamento con toda la asesoría que se requiera, además es perfecto desde el momento de su otorgamiento, en virtud no requerir ser declarado formal testamento, lo cual la ley lo consideró innecesario debido a que está redactado por un perito en derecho investido de fe pública: el notario, y, además, la voluntad del testador es conocida, no secreta (Asprón Pelayo, 2008, pág. 125).

Este tipo de testamento se encuentra regulado a partir del artículo 1511 al 1520 del mencionado código, que a grandes rasgos, especifica que se debe otorgar ante notario; el testador debe expresar de modo claro y terminante su voluntad a dicho fedatario público, quien a su vez, redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que manifieste si está de acuerdo, si así fuere, el notario, testador y testigos firmarán la escritura correspondiente.

En lo que atañe al Código Civil Veracruzano, del artículo 1444 al 1451 se estipulan las reglas sobre las que se rigen este tipo de testamentos en nuestro estado, puntualizando que no difieren de las formalidades que señala el Código Civil Federal.

Testamento público cerrado: El autor Burgi lo catalogó como un documento secreto que se otorgaba ante notario, porque solo se hacía entrega del pliego que lo contenía y el

notario no sabía si efectivamente tenía el testamento que el otorgante estaba señalando (Burgi, 2006, pág. 51).

Se encuentra regulado a partir del artículo 1521 al 1549 del Código Civil Federal, en los que se advierten diversas formalidades para que surta efectos su validez, desde cómo deben estar rubricadas las hojas en las que sea redactado, la ratificación y firma del testador, la necesidad de que el mismo se encuentre en un sobre cerrado y sellado, y que, de no hacerlo de esta manera, requerirá de la presencia de testigos. Por su parte, nuestro Código Civil Veracruzano -en seguimiento a la regulación del testamento en el Código Civil Federal- contempla del artículo 1454 al 1482 la metodología jurídica que se debe utilizar para este tipo de acto jurídico.

Testamento público simplificado: Es uno de los más criticados por los autores del derecho civil al considerarlo un cuasi testamento, ya que no cumple con los principios que rigen a los testamentos, sin embargo, autores como Jorge Mario Magallón Ibarra afirma que es un avance que se le permita al adquirente de un inmueble destinado para vivienda, aprovechar la oportunidad de escriturarlo, y a su vez, otorgar su testamento respecto de dicho inmueble en el mismo acto jurídico en el que se consigna su adquisición y/o regularización (Magallón Ibarra, 1997, pág. 208). Se encuentra regulado en el artículo 1529 Bis del Código Civil Federal.

De igual modo, conviene puntualizar que conforme al criterio sostenido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la Tesis Aislada número 2017474, los herederos instituidos en un testamento simplificado están en la completa libertad de acudir a la jurisdicción del Estado o ante la función notarial para tramitar el juicio testamentario, en atención al derecho de acceso a la jurisdicción, ya sea mediante la tutela judicial o por los mecanismos alternativos de solución de controversias (Testamento público simplificado. El juicio sucesorio se puede tramitar judicialmente o ante notario, a elección de los herederos, 2018).

Testamento ológrafo: Es una de las formas más antiguas del testamento en la que el testador lo redacta y firma con la fecha de su otorgamiento, este debe estar cerrado y sellado, asimismo, debe estar impresa su huella digital. Una de sus características peculiares es que el sobre que lo contenga debe tener la siguiente leyenda: Dentro de este sobre se contiene mi testamento, además se debe poner el lugar y fecha en que se realiza el depósito; lo firma el otorgante, el encargado del Registro Público y los testigos. En el sobre que contiene el duplicado deberá plasmarse lo siguiente: Recibí el pliego cerrado que el señor afirma contiene original de su testamento ológrafo del cual existe dentro de este sobre un duplicado; cabe destacar que, para realizar este testamento el testador no es auxiliado por ningún notario. Las formalidades y requisitos para declarar su validez se advierten en los artículos 1550 al 1564 del Código Civil Federal, en la misma línea de ideas, nuestro Código Civil Veracruzano contempla su regulación a partir del artículo 1483 al 1497.

Conviene señalar que este tipo de testamentos son susceptibles de interpretación, como lo señala el criterio sostenido por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la Tesis Aislada número 164661, dado a que en la mayoría de los casos el suscriptor no cuenta con asesoría legal al momento de formularlo y lo hace a su leal y saber entender (Testamentos ológrafos. Son susceptibles de interpretación, 2010).

Testamento privado: El artículo 1565 del Código Civil Federal dispone cuáles son los supuestos extraordinarios en los que se podrá otorgar este tipo de testamento, siendo los siguientes:

- a) Cuando el testador se enferma repentina y gravemente, por lo que no le da tiempo de presentarse con el notario para hacer el testamento;
- b) Cuando no haya notario en la población o juez que actúe para recibir y que deposite el testamento;
- c) Cuando habiendo notario o juez, sea muy difícil que éstos concurren al otorgamiento del testamento;
- d) Cuando los militares o asimilados entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para estar en condiciones de efectuarlo, es indispensable que el testador se encuentre completamente imposibilitado para realizar un testamento ológrafo. En la misma tesitura, el Código Civil Veracruzano contempla las mismas directrices en su regulación, a partir del artículo 1498 al 1511.

Testamento militar: Procede cuando el militar o asimilado del ejército entra en acción de guerra o se encuentra herido en el campo de batalla, por lo que, bajo esas circunstancias, es suficiente con que manifieste su última voluntad ante dos testigos o que le entregue a los mismos el pliego cerrado con su última disposición, firmado de su puño y letra. Se encuentra regulado a partir del artículo 1579 al 1582 del Código Civil Federal; de igual forma, a partir del artículo 1512 al 1515 del Código Civil Veracruzano se advierten las disposiciones relativas a éste.

Testamento marítimo: Las formalidades que reviste son muy similares al testamento militar, dado a que puede ser otorgado por personas que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante. El testamento será escrito en presencia de dos testigos, así como del capitán del navío y será leído, datado y firmado como se establece para el testamento público abierto, pero en todo caso, deberán firmar los dos testigos y el capitán. A partir del artículo 1583 al 1592 se advierten las formalidades previstas en el Código Civil Federal; mientras que en nuestro Código Civil Veracruzano se contemplan a partir del artículo 1516 al 1525.

Testamento hecho en un país extranjero: Se otorgará por ciudadanos mexicanos que se encuentren fuera del territorio nacional ante autoridades mexicanas, como, por ejemplo: Secretarios de Legación, Cónsules, Vicecónsules, quienes podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos, o bien ante autoridades extranjeras; en cualquier caso, se deberá cumplir lo requerido por los artículos 1593 a 1598 del Código Civil Federal. Por su parte, nuestro Código Civil Veracruzano señala disposiciones en común, a partir del artículo 1526 al 1531.

Lo hasta aquí precisado, permite advertir los diferentes contextos en los que se puede otorgar un testamento en México; sin embargo, también es preciso puntualizar cuál es el procedimiento que debe hacer el notario, posteriormente de haber dado fe de un acto jurídico de tal magnitud.

Depósito del testamento: Después de que el testador ocurre ante el notario a otorgar su testamento, éste último está obligado a dar aviso sobre la existencia de este, ante la Dirección General del Registro Público de la Propiedad y de Inspección y Archivo General de Notarías. Específicamente, en el Estado de Veracruz, los artículos 140 y 141 de la Ley del Notariado No. 585 señalan que el notario tiene el compromiso de rendir el informe correspondiente sobre los testamentos que fueron otorgados ante su fe, dentro de los diez hábiles siguientes a su realización. En el mismo contexto, conviene puntualizar que el artículo 4º transitorio de la Ley del Registro Público de la Propiedad -expedida por el entonces gobernador Fidel Herrera Beltrán-, refiere que mientras no exista el reglamento de la normativa en comento, el procedimiento de registro del testamento se deberá hacer atendiendo las disposiciones de la Ley del Registro Público de fecha 29 de diciembre de 1979 -expedida por Rafael Hernández Ochoa-. Por su parte, el artículo 36 fracción IV de la ley anteriormente citada, relacionado de manera directa y concomitante con las fracciones X y XII del numeral 2935 del Código Civil Veracruzano, disponen la obligación de inscribir el testamento ante el Registro Público de la Propiedad por ser un documento mediante el cual se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio, la posesión u otros derechos sobre bienes inmuebles.

Conviene aclarar que en materia de derecho sucesorio se rompe el principio general del derecho, primero en tiempo, primero en derecho, en virtud de que el último testamento que haya sido otorgado por el testador será el que tenga validez; por ello, el artículo 699-A del Código de Procedimientos Civiles Veracruzano, les impone a los notarios la obligación de estar en contacto con el registrador, con la finalidad de cerciorarse si existe alguna otra disposición de fecha posterior.

Aunado a lo anterior, no puede pasar inadvertido que, durante este procedimiento de emisión y registro del testamento, el notario debe observar las disposiciones señaladas en las fracciones IV y VI del artículo 23 de la Ley del Notariado No. 585, en relación con los artículos 5º y 7º de la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos

Obligados, ambas legislaciones de nuestro Estado, en razón a que está obligado a resguardar toda la información que utiliza en los actos jurídicos que da fe.

2. El testamento emergente

La cultura que tenemos en México para otorgar un testamento es muy escasa. Lo anterior está sustentado en los datos estadísticos de los reportes del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT por sus siglas en español), en los que se advierte que hasta el momento en el que se escribe la presente colaboración, se han registrado en México 234,458 defunciones (Gobierno de México, 2021) a consecuencia del virus SARS CoV-2 y únicamente existen 4.8 millones de avisos de testamentos inscritos en el país (Gobierno de México, 2021), lo que equivale a que poco menos del 4% de la población ha otorgado una disposición testamentaria.

Actualmente, muchos mexicanos han fallecido a consecuencia del Covid-19 sin haber otorgado un testamento, por lo que la tragedia de la pérdida humana, la experiencia desagradable para la familia del finado, así como la incertidumbre del destino de sus bienes y deudas, indiscutiblemente representa un conflicto que probablemente los lleve hasta puntos extremos como la desintegración familiar. No obstante, ha surgido la inquietud sobre lo que se puede hacer ante este tipo de circunstancias, donde la regla es mantener tantas actividades como sea posible de manera virtual o a la distancia, dejándonos una idea en claro, la regulación testamentaria en México debe innovarse, previniendo situaciones como la que está atravesando ahora, bajo la premisa de que el Estado debe prever e intervenir para dar fe pública en el momento que un ciudadano desee otorgar su testamento.

Bajo esa tesitura, si nos ubicamos en el supuesto de un enfermo de Covid-19 completamente aislado, se puede estimar como herramienta jurídica idónea para otorgar una disposición testamentaria, la estipulada en el Código Civil Federal como testamento privado -definido en líneas superiores-, aunque no omitimos mencionar que Códigos Civiles de diversas entidades federativas también permiten el testamento privado en ciertos casos:

El Código Civil de Veracruz en su artículo 1498, establece las condiciones en que podrá otorgarse el testamento privado siendo estas de carácter urgente:

- I.-Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento;
- II.-Cuando no haya notario en la población, o juez que actúe por receptoría;
- III.-Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento;
- IV.-Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

El Código Civil de Nuevo León en su artículo 1462, agrega que el testamento privado está permitido en los casos siguientes:

- I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento;
- II.- Cuando no haya notario en la población, o juez que actúe por receptoría;
- III.- Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento;
- IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Luego, el artículo 1639 del Código Civil de Tabasco, menciona que el testamento privado está permitido en los siguientes casos:

- I.- Si el testador es atacado de una enfermedad o sufre un accidente tan violentos y graves, que no dé tiempo para que concurra al notario a hacer el testamento;
- II.- Que no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría;
- III.- Que, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible que concurran al otorgamiento del testamento; y
- IV.- Que los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Por último, el Código Civil de Puebla en el artículo 3308, dispone que cuando no sea posible testar ante notario, por impedimento, enfermedad, no presencia o ausencia de éste, podrá el testamento ser privado, si además el testador:

- I.- Es atacado de una enfermedad o sufra un accidente, violentos y graves;
- II.- Esté en una población incomunicada por razón de epidemia, aunque él no se halle atacado de ésta; o
- III.- Esté en una plaza sitiada o incomunicada por cualquiera causa temporal y de fuerza mayor.

De lo anterior, se observa que únicamente el Código Civil de Puebla, señala que por motivos de una epidemia se puede otorgar un testamento sin la presencia de un notario.

Por su parte, el Código Civil Federal establece ciertas formalidades para otorgar una disposición testamentaria en circunstancias adversas: en primera, como requisito de procedencia, la persona debe estar imposibilitada para realizar un testamento ológrafo; en segunda, deberá declarar su voluntad ante la presencia de cinco testigos idóneos que escucharán al testador y/o firmarán el testamento; en tercera, éstos deberán ser oídos y, en su caso, se cotejarán las firmas ante el juez competente, para que tenga validez dicho documento, puntualizando que en el supuesto de un enfermo de Covid-19 -que debe estar totalmente aislado-, no podría cumplirse ese requisito; en el caso de que el testador no

pueda escribir, uno de los testigos redactará su voluntad, pero si ninguno de éstos sabe escribir, no será necesario que se elabore por escrito, sólo bastarán tres testigos idóneos; conviene aclarar que el testamento surtirá efectos únicamente cuando el testador fallezca de la enfermedad grave que lo aquejaba, de modo que los testigos deberán dar aviso al juez competente sobre la muerte del testador y su última voluntad, siendo escuchados y declarando: el lugar, día, mes y año en que se otorgó el testamento, si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador, el tenor de las disposiciones del testamento, si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción, el motivo por el que se otorgó y si tienen conocimiento que el testador falleció o no de la enfermedad y/o de la situación de peligro en la que se encontraba. De esta forma, si los testigos acreditan todas estas circunstancias, el juez declarará que su dicho representa el testamento formal del difunto.

Estas formalidades que estimamos complicadas de cumplir, debido a la magnitud de la enfermedad y lo que puede ocasionar el más mínimo contacto con el convaleciente de Covid-19 que desee realizar su testamento de manera privada, corroboran que durante la pandemia, la participación de la población continuará siendo casi nula.

3. Las sucesiones en el ambiente virtual

Hoy en día no se concibe la vida sin utilizar los entornos digitales para desarrollar cualquier tipo de actividad. Lo anterior es producto del reconocimiento del internet como derecho humano, efectuado el 16 de julio de 2012 por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU por sus siglas en español), mediante la resolución A/HRC/RES/20/8 (Organización de las Naciones Unidas, 2012). Cabe decir que, con esto se buscó dotar a los ciudadanos del espacio necesario para que pudieran ejercer su derecho de libertad de expresión y acceso a la información, debido a que se trata de una prerrogativa que está sometida a la sostenibilidad y busca el progreso de las naciones.

En tal sentido, este reconocimiento internacional propició que su reconocimiento nacional se efectuará el 22 de mayo de 2013, fecha en que la Comisión Permanente del Congreso de la Unión aprobó la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones (Gobierno de México, 2013), incorporando en el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho fundamental al acceso a las tecnologías de la información y comunicación, precisamente porque forman parte de nuestros hábitos y actividades cotidianas.

Lo anterior se considera como una situación que genera un beneficio al gobernado, ya que, a través de la red, puede ser fuente de información e intercambiar ideas. Por ello, el fomento de la alfabetización digital cada día cobra mayor fuerza y ha involucrado la protección de los datos personales de todos los usuarios, precisamente porque a través de correos electrónicos o sitios web, asiduamente registramos información tan valiosa, como por ejemplo un currículum. De igual manera, es pertinente mencionar que toda esta información personal que depositamos en la web, es parte de los derechos exclusivos al uso

del nombre y personalidad jurídica que cada uno de nosotros tenemos, lo que lo convierte en un tema que sí requiere ser controlado, sobre todo, cuando su titular ya no se encuentre con vida.

Es por eso que como resultado de cada una de las actividades o búsquedas que realizamos constantemente en internet, ha surgido el concepto de huella digital (Madden, 2007), que en términos generales, se refiere a toda la información personal que se engloba en la web y configura la identidad digital de la persona; por ende, al existir esta forma de identificación, es menester controlar, vigilar y establecer límites al acceso de la misma, a fin de mantenerla protegida y evitar la suplantación o que se dañe la reputación de su propietario.

La existencia de la huella digital conduce a reflexionar acerca de qué es lo que va a suceder con ésta cuando una persona fallece, bajo el supuesto de que toda esa información seguirá existiendo y se convierte en una herencia digital; de ahí, la necesidad de crear la figura del testamento digital.

El notario Llopis Benlloch, afirma que cuando se habla de testamento digital, se puede referir a dos cosas: ya sea al testamento que incluye previsiones para la herencia digital de la persona como, por ejemplo: perfiles en redes sociales, archivos de audio, video, entre otros, o bien, el testamento que se hace online por internet; aclarando que lo primero sí existe, mientras que lo segundo no. De este modo, la denominación de testamento digital puede admitirse para una previsión mortis causa que afecte exclusivamente a bienes o derechos digitales (Llopis Benlloch, 2016).

Este concepto se encuentra dividido entre los autores, para Judith Giner, es un documento que permite que la persona deje instrucciones sobre qué hacer con su presencia digital una vez que fallezca; en dicho documento debe incluirse la relación de todas sus posesiones digitales, es decir, claves de acceso, así como una autorización para que alguien de confianza pueda acceder a todo ese contenido cuando fallezca el titular, mismo que podrá dividirse en grupos que pueden gestionarse por separado, tales como: cuentas de correo electrónico, cuentas de servicios y contraseñas, servicios de suscripción, cuentas bancarias y otros fondos financieros, contenido personal en internet, contenido personal físico como ordenadores, discos duros, memorias USB y móviles (Giner Candía, 2016).

Por otra parte, Carlos Luch, sostiene que el término de testamento digital no existe, en razón a que no hay nada que distinga la herencia digital de la herencia analógica, esto porque el formato digital de determinados archivos, o su ubicación, no los distingue de las cosas en físico y no les otorga ningún trato diferenciado en orden a su destino o sucesión (Luch Cerdá, 2016).

Lo cierto es que la revolución digital existe y ha dado a conocer las nuevas necesidades de la sociedad; tratar de escapar de los efectos que trae el uso del mundo digital es incongruente e irracional. Por ello, es que se estima conveniente fijar un concepto de testamento digital como una expresión de voluntad que defina el destino de los bienes

digitales y la identidad digital, una vez que el testador fallezca. Esto sigue siendo motivo de debate entre los juristas; no obstante, es importante tomar en consideración la cantidad de datos que cotidianamente registramos en la web, derivados de cuentas de correo de correo electrónico, blogs, canales audiovisuales o chats; lo que lo convierte en un tema que debe ser regulado.

4. Regulación del testamento digital

Actualmente, países europeos como Francia y España, han buscado mantenerse a la vanguardia en temas jurídicos, fijándose como pioneros en el tratamiento de las sucesiones y su relación con las tecnologías de la información y comunicación. En el caso de Francia, con la Ley número 2016-1321 por una república digital, expedida el siete de octubre de 2016, se posicionaron como único precedente sobre la regulación de la huella digital después de la muerte del usuario, abordando el tema de la herencia digital y el derecho a la muerte digital, con el propósito de que las personas dispongan instrucciones para el almacenaje, borrado o la comunicación de su muerte, mismas que pueden ser generales o específicas, así como la designación de la persona responsable de ejecutar las voluntades digitales, a su vez, también se establece la manera en la que se procederá en caso de no existir instrucciones precisas y cuestiones de propiedad intelectual.

Por su parte, Cataluña tomó como referencia a Francia y en el año 2016 aprobó la Ley de voluntades digitales para el caso de muerte, la cual modifica las disposiciones del Código Civil y trata de ordenar la presencia de las personas en los entornos digitales durante su minoría de edad, así como los supuestos de capacidad judicialmente modificada para después de su muerte, en este último, la ley dispone que con la manifestación de las voluntades digitales, la persona ordena a su heredero, legatario, albacea, administrador o persona de confianza designada para ello, que después de su muerte, ejecute determinadas acciones ante los prestadores de servicios digitales, mismas que pueden consistir, ya sea en la cancelación de cuentas activas, extinguiendo de esa forma su huella digital, o bien, comunicar su muerte por dichos medios. La ley catalana prevé la posibilidad de que las voluntades digitales se ordenen por medio de un documento de voluntades digitales que debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales.

En diciembre del año 2018, se publicó en España la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que en su artículo 96 establece el derecho al testamento digital, señalando que los familiares o herederos del fallecido podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión, con la excepción de que el fallecido hubiere expresado lo contrario, o así lo establezca una ley.

Conclusiones

La pandemia por SARS Cov2, causante de la enfermedad Covid- 19, hizo su aparición en México y nos obligó a enfrentarnos a escenarios insólitos que jamás consideramos que pasarían, quedando de manifiesto la desactualización de nuestras leyes en materia de bienes y sucesiones. Esto ha hecho evidente la necesidad de innovar y mantenernos a la vanguardia en los temas relacionados a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, puesto que, en mayor medida utilizamos entornos digitales para desarrollar nuestras actividades.

En ese sentido, es vital que nuestros Códigos Civiles -Federal y Estatal- contemplen las directrices que se deben seguir para que el ciudadano decida que tratamiento se le dará a toda esa información personal que circula en las plataformas digitales -*facebook, twitter, instagram*, blog personal, red de mensajería, entre otros- después de su muerte, por ser parte de su patrimonio, porque contiene datos que pertenecen a su identidad.

La huella y la herencia digital son figuras que nacieron a consecuencia del uso de dichas plataformas, de modo que, esto hace necesario su regulación para que el ciudadano cuente con la normativa que acepte el desarrollo tecnológico y la creación de nuevos instrumentos que garanticen a plenitud su última voluntad, como lo está efectuando Francia y España.

Fuentes de consulta

- Asprón Pelayo, J. M. (2008). Sucesiones. México: Mc Graw Hill.
- Barea, J. (1998). Teoría General del Testamento. Barcelona: Fundación Enciclopedia catalana.
- Bonnecase, J. (1993). Tratado elemental de derecho civil. México: Harla S.A. de C.V.
- Burgi, B. (2006). Instituciones de Derecho Civil. México: TSJDF e INCANM A.C.
- De Pina Vara, R. (2019). Derecho civil mexicano (20 edición, primera reimpresión ed., Vol. II). México: Porrúa.
- Flores Márquez, V. (1989). El testamento como institución jurídica. Revista digital de derecho (1). Recuperado el 21 de marzo de 2021, de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/podium-notarial/article/view/16089/14410>
- Giner Candía, J. (2016). El testamento digital sí existe y ya ha llegado. En R. Olivia León, & S. Valero Barceló, Testamento ¿Digital? España: Desafíos legales #RetoJCF Juristas con futuro.
- Gobierno de México. (22 de mayo de 2013). En México, el acceso a internet es un derecho constitucional. México. Recuperado el 08 de Julio de 2021, de <https://www.gob.mx/gobmx/articulos/en-mexico-el-acceso-a-internet-es-un-derecho-constitucional>
- Gobierno de México. (01 de mayo de 2021). Datos sobre el coronavirus. Obtenido de <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>
- Gobierno de México. (08 de julio de 2021). Datos sobre el coronavirus. Obtenido de <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>
- Gobierno de México. (08 de julio de 2021). Registro Nacional de Avisos de Testamento. Obtenido de <http://www.testamentos.gob.mx/pestadistica.php?ref=2>
-

Gobierno de México. (01 de mayo de 2021). Registro Nacional de Avisos de Testamento. Obtenido de <http://www.testamentos.gob.mx/pestadistica.php?ref=2>

Gutiérrez Pérez, R. (1996). La necesidad de dar una nueva regulación en el Código Civil para el Distrito Federal. México: Escuela Libre de Derecho.

Llopi Benlloch, J. (2016). Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe. Testamento ¿Digital? En R. Olivia León, & S. Valero Barceló, Testamento ¿Digital? España: Desafíos legales #RetoJCF Juristas con futuro.

Luch Cerdá, C. (2016). El reto de una muerte digital...Digna. En R. Olivia León, & S. Valero Barceló, Testamento ¿Digital? España: Desafíos legales #RetoJCF Juristas con futuro.

Madden, M. (2007). Digital footprints: online identity management and search in the age of transparency. Whashington DC: Pew internet & american life project. Recuperado el 12 de abril de 2021, de https://www.academia.edu/412941/Digital_footprints_Online_identity_management_and_search_in_the_age_of_

Magallón Ibarra, J. (1997). Instituciones de Derecho Civil. México: Porrúa.

Organización de las Naciones Unidas. (2012). Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/20/8. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 18 de marzo de 2021, de <https://undocs.org/pdf?symbol=es/a/hrc/res/20/8>

Pérez Contreras, M. (2010). Derecho de familia y sucesiones. México: Colección Cultura Jurídica. Recuperado el 21 de marzo de 2021, de <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12174>

Ríos Hellig, J. (2012). La práctica del derecho notarial (Octava edición ed.). México: Mc Graw Hill.

Rojina Villegas, R. (1990). Compendio de derecho civil, bienes, derechos reales y sucesiones. México: Porrúa.

Testamento público simplificado. El juicio sucesorio se puede tramitar judicialmente o ante notario, a elección de los herederos, 2017474 (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia

Civil del Primer Circuito 13 de Julio de 2018). Recuperado el 21 de marzo de 2021, de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017474>

Testamentos ológrafos. Son susceptibles de interpretación, 164661 (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito 28 de enero de 2010). Recuperado el 29 de marzo de 2021, de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/164661>

RESEÑAS

El futuro empieza hoy

Recibido 17 junio 2021-Aceptado 18 junio 2021

**Sousa Santos, Boaventura de (2020). *La cruel pedagogía del virus*. (Paula Vasile, Trad.)
Biblioteca Masa Crítica, Buenos Aires: CLACSO. ISBN 978-987-722-599-0**

Rebeca Elizabeth Contreras López*
Universidad Veracruzana. Xalapa-Veracruz, México
rcontreras@uv.mx

En este texto, Boaventura de Sousa se ocupa del impacto de la pandemia del Covid-19 en el mundo, problematiza sus consecuencias para las regiones y personas más desprotegidas. Desde su punto de vista, la crisis es producida por las condiciones del capitalismo neoliberal que han incapacitado a los Estados para responder a las emergencias, una situación que la pandemia sólo viene a agravar. Sin embargo, en esta situación se pone en evidencia que hay otras formas de vida y alternativas al hipercapitalismo.

Quedan en evidencia las bases conceptuales y políticas del autor, así establece que desde el Sur el conocimiento surge en los actos de resistencia de grupos sociales que viven la injusticia, opresión y destrucción sistemática, desde el capitalismo reinante, pero que también son los más afectados por la situación actual. El texto se organiza en cinco apartados, relativos a: El virus: todo lo que es sólido se desvanece en el aire; la trágica transparencia del virus; al sur de la cuarentena; la intensa pedagogía del virus: las primeras lecciones y, el futuro puede comenzar hoy.

En el primer apartado se establece una guía de discusión a partir de la siguiente interrogante: ¿Qué conocimiento potencial proviene de la pandemia de coronavirus? Las crisis se han venido repitiendo desde que el mundo se sometió a la lógica del sector

* Investigadora de tiempo completo del Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana (CEDEGS-UV). Investigadora Nacional, nivel 1. Vocal de la Cátedra Mahatma Gandhi de la Universidad Veracruzana. Profesora de posgrado de la Universidad Veracruzana y la Universidad de Xalapa.

financiero, por tanto, nos enfrentamos al oxímoron de la crisis permanente. Entonces, nos damos cuenta de que hay alternativas a las formas de vida actuales, que reducir el hiperconsumismo es posible. Al respecto, Boaventura afirma que se pone “en evidencia que no hay alternativas porque el sistema político democrático ha sido forzado a dejar de discutir alternativas” (2020, p. 22).

El texto nos lleva a preguntar si la percepción de inseguridad ¿puede explicarse a partir de un enfoque de clases y referentes económicos? Porque, afirma Boaventura, cuando se cuenta con los medios y recursos para enfrentar la incertidumbre e inseguridad, ésta (por lo menos la percepción) parece minimizarse con atención médica, pólizas de seguro, compañías de seguridad, terapias o gimnasios. El virus pulverizó la seguridad de un día para otro. Paralelamente, afirma Boaventura, “la pandemia no es ciega y tiene objetivos privilegiados, pero aun así crea una conciencia de comunión planetaria, de alguna manera democrática” (p. 23). Esta crisis, tiene consecuencias negativas, sin duda, pero también algunas positivas: la caída de la contaminación es una de ellas. Además, nos conducen a la perplejidad: China ha sido uno de los países más eficientes frente a la pandemia con métodos de represión y vigilancia estricta. Significa ello que ¿la democracia carece de la capacidad política para atender las emergencias? La respuesta de Boaventura es que las soluciones democráticas aún tienen que imaginarse sus propias alternativas, desde la participación cívica que se produce en vecindarios y comunidades a nivel local.

Un punto sustancial en la exposición de Boaventura es considerar las sombras que crea la visibilidad. La pandemia es un momento dramático en el mundo que pone énfasis en los sistemas de salud y en las gobernanzas mundiales, muy presionadas para enfrentar la crisis; sin embargo, lo que se pasa por alto (o al menos no se atiende con suficiencia) es la extrema vulnerabilidad en que están, los ya de por sí vulnerables. Migrantes, refugiados (en el campo de Moria, Grecia, “hay un grifo de agua para 1300 personas y no hay jabón” (Sousa, 2020: 27). Ese dato por sí sólo da cuenta de la emergencia de la situación. En las grandes ciudades, con economías desarrolladas, existen círculos de pobreza y necesidad (Castells lo analiza bien en “La era de la información”, Vol. III, 2004). Las zonas invisibles que están cada vez más cerca de nosotros: “Quizá baste abrir la ventana”, dice Boaventura de Sousa.

La pandemia tiene diversas interpretaciones, unas más audaces que otras. Sin embargo, entre sus múltiples significados, Boaventura, visualiza distintos aspectos. En principio el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado, como principales modos de producción se maximizan, incluso en el corazón mismo de los hasta ahora países comunistas. Estas formas de dominación actúan juntas por ello son tan dominantes. Sus dos consecuencias inobjetables son: “la concentración escandalosa de riqueza/desigualdad social extrema y la destrucción de la vida en el planeta/la inminente catástrofe ecológica” (p. 37).

Para Boaventura, el “Sur” no es un espacio geográfico, sino un espacio-tiempo político, social y cultural. Es una metáfora que se asume como expresión del injusto sufrimiento que

sufren los seres humanos a raíz de las consecuencias más perversas del capitalismo y formas vejatorias de discriminación racial y sexual.

Los sectores más golpeados se presentan en las mujeres, los trabajadores precarizados informales, los vendedores ambulantes, los sin hogar, personas que viven en la calle (habitan en las ciudades, sin derecho a ellas). Como ya se señaló, los refugiados, los inmigrantes indocumentados, las poblaciones desplazadas internamente. Asimismo, los discapacitados, los ancianos. Sectores de población desechables, vulnerables, para los cuales la pandemia es un velo más de invisibilidad, frente al pánico que se apodera de todos aquellos que no estamos acostumbrados a la vulnerabilidad extrema.

Las primeras lecciones (Sousa, 2020, p. 61 y ss):

- Lección 1. El tiempo político y mediático condiciona cómo la sociedad contemporánea percibe los riesgos que corre.
- Lección 2. Las pandemias no matan tan indiscriminadamente como se cree.
- Lección 3. Como modelo social, el capitalismo no tiene futuro.
- Lección 4. La extrema derecha y la derecha hiperneoliberal han sido (con suerte) definitivamente desacreditadas.
- Lección 5. El colonialismo y el patriarcado están vivos y se fortalecen en tiempos de crisis agudas.
- Lección 6. El regreso del Estado y la comunidad, frente a la influencia omnipresente del mercado.

Finalmente, Boaventura señala que la pandemia y la necesaria cuarentena muestran, sin duda, que hay alternativas posibles, que estamos preparados para adaptarnos a nuevas formas de vida y que, cuando es necesario, la comunidad tiende al bien común.

Pese a todo, volver a la normalidad no será tan fácil para todos. Para propiciar esa reintegración se hace necesaria una nueva articulación de los procesos políticos y civilizadores, es necesario que la humanidad aprenda a actuar con una actitud más humilde ante el planeta que habita. Ello supone un giro epistemológico, cultural e ideológico que se encuentre inmerso en las decisiones sociales y políticas, que hagan viables las condiciones sociales para una vida digna de todos los habitantes del planeta.

El futuro empieza hoy. Si somos capaces de aprender lecciones y asumir convicciones de la necesidad de transformación y participación social. Si asumimos que los derechos y beneficios no están repartidos en forma equitativa. Si entendemos que los gobiernos son custodios de nuestro bienestar, obligados a velar por cada uno de los individuos que gobiernan. Si entendemos que el hiperconsumismo y la acumulación perversa del capital es un cáncer que corroe nuestra dignidad humana.

En fin, que se trata de un libro que podrán usar para reflexionar y esperar, próximamente, mayores reflexiones de la situación en el mundo, de uno de los pensadores más lúcidos de nuestro tiempo.

Se puede obtener el texto en la biblioteca CLACSO: <https://www.clacso.org/la-cruel-pedagogia-del-virus-razones-para-ser-anticapitalistas/>

Segundo Congreso de Derecho Constitucional Iberoamericano Preludio a Cátedra Mahatma Gandhi-Universidad Veracruzana

Recibido 28 junio 2021-Aceptado 29 junio 2021

II Congreso internacional de Derecho constitucional Iberoamericano. (23-24 de febrero de 2021). "Crisis constitucionales. Estados constitucionales de excepción. Cultura de paz". Universidad de Salamanca, Universidad Veracruzana e Instituto Euromexicano. México.

Rita María León López*
Universidad Veracruzana. Xalapa-Veracruz, México
rileon@uv.mx

Este año de 2021 se llevó a cabo el Congreso en su edición segunda y primera en modalidad virtual por la extraordinaria condición de los últimos tiempos. Para tal finalidad se utilizó la plataforma virtual *Zoom*, a través de un enlace y código.

Participaron en su organización las siguientes entidades académicas: Universidad de Salamanca y Universidad Veracruzana, Red Internacional Cuerpos Académicos de Estudios Institucionales José Ramón Cossío Díaz, la Cátedra Mahatma Gandhi y el Instituto Euromexicano.

La organización se conformó por una Dirección Académica con las doctoras: Ángela Figueruelo Burrieza y Mercedes Iglesia Báñez de la Universidad de Salamanca, y, los doctores Marisol Luna Leal y Homero Vázquez Ramos de la Universidad Veracruzana.

Y la Coordinación por los profesores: Pablo Ramos Hernández y Sergio Martín Guardado de la Universidad de Salamanca, así como la doctora Alejandra Verónica Zúñiga Ortega de la Universidad Veracruzana.

Las participaciones contaron con un moderador quien les recordó las recomendaciones:

* Académica adscrita al Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

Cada uno de los ponentes debió exponer en 10 minutos la reflexión de su tema, al concluir la participación de los integrantes de la mesa, se estableció de acuerdo a la demanda, un periodo de minutos para responder a las preguntas entregadas vía chat en *facebook* relacionadas a los temas expuestos.

El congreso se desarrolló en seis mesas de trabajo y tres conferencias magistrales. En las siguientes líneas abordaremos los títulos de cada ponencia y los títulos de las mesas de trabajo, y, rescataremos los comentarios principales de las conferencias magistrales de este segundo Congreso Internacional de Derecho constitucional Iberoamericano.

En su cargo de directora del congreso, la doctora Ángela Figueruelo Burrieza, dirigió las primeras palabras y recordó que, en el mes de marzo del año 2018, se llevó a cabo el Primer Congreso Internacional "Retos del constitucionalismo Iberoamericano", año del 40 aniversario de la Constitución española y la celebración de los ochocientos años de la fundación de la Universidad de Salamanca. Al clausurar ese primer congreso, se propusieron realizarlo cada dos años y en cada una de las universidades participantes. La Universidad Veracruzana se postuló para llevar a cabo la organización del segundo congreso del año 2020, mismo que se postergó por las condiciones presentadas en ese año, realizándolo hasta el presente año de 2021.

"(...) hoy con el mismo éxito que entonces (...), podemos comenzar este Segundo Congreso Internacional de Derecho Constitucional Iberoamericano. En el primero abordamos con carácter general los retos del constitucionalismo. En esta ocasión abordaremos auténticos retos que nos han dificultado la convivencia y nos van hacer más difíciles el día a día de cara al futuro, se va hablar de crisis constitucionales, de estados constitucionales, de excepción, de cultura de paz.

Les auguró que la intervención de todas y todos sea exitosa y que el público que nos escucha quede tremendamente satisfecho y podamos en un par de años volver a reunirnos ya presencialmente. La fecha que hoy hemos elegido para comenzar este congreso tiene un doble sentido en nuestro país, hace unos años en el 81, el 23 de febrero concretamente hace 40 años, estuvimos a punto de perder la recién estrenada democracia con el golpe de estado que se pronunció en el Congreso de los Diputados a las cinco y pico de la tarde, salimos de aquel bache y hemos vivido otros 40 años en paz, hagamos votos como ciudadanas y ciudadanos de democracias consolidadas para que podamos seguir viviendo en paz, para que solventemos las crisis constitucionales para que no tengamos que seguir en estados excepcionales y podamos vivir en culturas de paz.

Enseguida correspondió el turno de las doctoras Mercedes Iglesias Báñez y Marisol Luna Leal, y agradecieron el mutuo apoyo para la organización de este evento. Se resalta del

discurso de la Dra. Luna, lo concerniente a la Cátedra Mahatma Gandhi y su primera participación en un evento académico.

Conferencia magistral. Dra. Ángela Figueruelo Burrieza

“La defensa política de la constitución en tiempos de pandemia”

Moderadora: Mercedes Iglesias Bárez

De esta conferencia se extrae lo siguiente, “la pandemia mundial (...), el Estado español se encuentra en esa situación y [utiliza] la legislación extraordinaria, nuestro gobierno proclama el estado de alarma el día 14 de marzo (...).

Los controles de estas medidas en las cuales se han visto restringidos, modulados, suspendidos, etc., muchos derechos fundamentales, plantean dudas desde el punto de vista del derecho constitucional. La doctrina se divide, nadie esta conforme al cien por cien de la declaración del estado de alarma”.

Explica que el estado de alarma “tiene como efecto, como consecuencia limitar los derechos fundamentales, aquellos que figuran en la declaración a los efectos de solventar la situación excepcional por la cual atravesamos. El estado de excepción, en cambio, permite suspender algunos de los derechos que estén previstos en esa declaración.

Ahora bien, si el estado de alarma permite limitar derechos y, se puede apoyar en causas producidas por fenómenos naturales, como puede ser una pandemia y una crisis sanitaria en el primer periodo de la declaración del estado de alarma con el confinamiento total de la población. Hay que preguntarse y analizar muy seriamente, qué entendemos por suspender y qué entendemos por limitar, porque aquí hay apreciaciones subjetivas de valoración de esos términos. Si hay un confinamiento total en sus domicilios de la población es una limitación de la libertad de movimiento o es una suspensión del derecho a la movilidad, el derecho al tránsito”.

En la parte final de su discurso, se pregunta ¿hemos podido afrontar de forma correcta la situación de pandemia mundial por la que atravesamos? y expresa sus dudas, y agrega que, “debemos estar preparados para hacer frente a otros problemas que se nos plantean, y sinceramente las democracias consolidadas del occidente, en mi opinión, no tienen las suficientes herramientas jurídicas para hacer frente a esta pandemia, hay que pensar en estos momentos, *sin prisas pero sin pausas*, cómo debemos de responder a esos instrumentos, ósea qué instrumentos jurídicos debemos crear, tanto a nivel nacional como a nivel internacional (...), no pensar únicamente a nivel interno, sino también a nivel internacional. (...) lo que sí me temo es que, muchos de los derechos que se nos han visto limitados y que se nos han visto cercenados tardamos bastante tiempo en volver a conseguir el nivel de ellos que teníamos, yo hago votos para que las libertades no peligren, para que la dignidad de la persona que es fundamento del orden político y de la paz social,

siga estando reconocido en nuestros representantes políticos”. Y finalizó su participación agradeciendo e inaugurando el congreso.

1. Tabla de la primera y segunda mesa de trabajo

23 FEBRERO 2021	
MESA 1: DERECHO INTERNACIONAL, CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE EXCEPCIÓN	
Moderador: Pablo Ramos. Universidad de Salamanca	
PARTICIPANTE	PONENCIA
• Mercedes Iglesias Báñez-Universidad de Salamanca-España	Democracia, Elecciones y Pandemia en el Consejo de Europa y la Comisión de Venecia
• Augusto Marcelo Santis Poblete-Universidad Autónoma de Chile-Chile	Nueva Constitución para Chile en tiempos de estallido social y pandemia: Escenario actual y proyecciones
• Juan Manuel Bautista Jiménez-Universidad de Salamanca-España	Limitaciones a los derechos humanos durante la pandemia en España y Derecho internacional
• Enrique Serrano Salazar-Universidad La Salle de Pachuca-México	El nombre "Democracia", una interpretación constitucional
• Juan Daniel Elorza Saravia-Universidad de Salamanca-España	Viralidad virtual, polarización real y Estado de Derecho
• Agassiz Almeida Filho-Universidade Estadual da Paraíba-UEPB-Brasil	Estado de excepción en red y lavajatismo
• Jorge Benavides Ordóñez-Instituto de Altos Estudios Nacionales-IAEN-Ecuador	Control constitucional y estados de excepción en Ecuador por el COVID-19
• Sergio Arnoldo Morán Navarro-Universidad Autónoma de Nayarit-México	Los límites al derecho a la libertad personal, la inconvencionalidad de la figura del arraigo en México
• Luis Andrés Cucarella Galiana-Universidad de Valencia-España	Paz, Derecho Procesal y oportunidad criminal
MESAS 2: CRISIS CONSTITUCIONALES, DERECHO DE EXCEPCIÓN Y DIVISIÓN DE PODERES HORIZONTAL	
Moderadora: Rebeca Elizabeth Contreras López-Universidad Veracruzana	
• Michael Gustavo Núñez Torres-Universidad Autónoma de Nuevo León-México	La capacidad legislativa del Gobierno en situaciones de excepción y las garantías a los derechos humanos: El caso del Covid en México
• Aldo Rafael Medina García-Universidad Autónoma de Nayarit-México	División y control del poder en la excepción constitucional
• Ana Lilia Ulloa Cuéllar-Instituto de Investigaciones Jurídicas-México	La recuperación de la integridad en el constitucionalismo contemporáneo. Construyendo un constitucionalismo “D”
• Pamela Lilí Fernández Reyes-Universidad Autónoma de Nayarit-México	La división de poderes en el constitucionalismo mexicano ¿simulación o realidad en la política mexicana?
• Miguel Ángel Rodríguez Vázquez-Universidad Juárez del Estado de Durango-México	Uso de facultades extraordinarias en México. Análisis desde una perspectiva histórico-constitucional
• Homero Vázquez Ramos-Universidad de Guadalajara-México	¿Están dadas las condiciones en México para una nueva constitución política?
• Enrique Córdoba del Valle-Facultad de Derecho. Universidad Veracruzana-México	¿Reconstrucción o división de poderes?
• David Quintano Díaz-El Colegio de Veracruz-México	Derecho de excepción en el marco del Derecho Administrativo

La segunda Conferencia magistral a cargo del Dr. José Ramón Cossío Díaz, se encuentra publicada en el presente número.

2. Tabla de la tercera y cuarta mesa de trabajo

24 FEBRERO 2021	
MESAS 3: CRISIS CONSTITUCIONALES, DERECHO DE EXCEPCIÓN Y DISTORSIONES EN LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER	
Moderador: Sergio Martín Guardado-Universidad Salamanca	
PARTICIPANTES	PONENCIAS
• Marisol Luna Leal-Universidad Veracruzana-México	Federalismo mexicano: Entre la desarticulación y la irrupción
• Pedro Rubén Torres Estrada-Escuela de Gobierno y Transformación Pública del TEC de Monterrey-México	Las tensiones que ha generado el Covid-19 en el modelo federal Mexicano
• Arturo Centeno Valencia-Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tec de Monterrey-México	¿Son constitucionales las restricciones a los derechos humanos por autoridades locales?
MESAS 4: DERECHO DE EXCEPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS (I)	
• Marina del Pilar Olmeda García-Universidad Autónoma de Baja California-México	Los retos de los Derechos Humanos frente al Covid-19
• Irina Graciela Cervantes Bravo-Universidad de Nayarit-México	Elecciones y Derechos Intrapartidistas en tiempos de pandemia en México
• Graciela Guadalupe Buchanan Ortega-Poder Judicial del Estado de Nuevo León-México	Efectos de la Pandemia en la Violencia Doméstica
• Lilián Galván Bautista-Universidad de Salamanca-España	Las garantías de los derechos fundamentales en el nuevo paradigma
• Gonzalo Armienta Hernández-Universidad Autónoma de Sinaloa-México	La ponderación de los derechos humanos y el derecho de excepción y suspensión
• Danielle da Rocha Cruz-Universidade Federal da Paraíba-Brasil	Delitos de mera desobediencia, leyes penales en blanco y derecho de excepción en tiempos de pandemia
• Julia Sevilla Merino-Universidad de Valencia-España	Perspectiva de género en la suspensión de derechos en tiempos de pandemia
• Ricardo Maurício Freire Soares-Universidade Federal da Bahia-Brasil	Direitos Fundamentais e Crise Sanitária no Brasil: a necessidade de um Estado Solidarista
• Marcelo Eugênio Feitosa Almeida-Universidade 7 de Setembro-Brasil	Pandemia, violación masiva de derechos fundamentales y responsabilidad política según el régimen jurídico-constitucional brasileño
• Sérgio Alexandre Camargo-Brasil	Redimensión de los derechos fundamentales en las democracias actuales
• Marta León Alonso-Universidad de Salamanca-España	Conflictos de derechos en situaciones de emergencia sanitaria
• Julio César Arango Chontal-Universidad Veracruzana-México	Supuestos de la restricción o suspensión del derecho a la educación en México
• Pablo Latorre Rodríguez / Karen Yarely García Arizaga-Universidad Autónoma de Baja California-México	El Estado de Excepción y la limitación de derechos. Breve aproximación a las regulaciones española y mexicana
• Judith Aguirre Moreno / Manilo Fabio Casarín León-Universidad Veracruzana-México	Constitucionalismo y pandemia: tensiones y desafíos en el Estado democrático

Conferencia Magistral: Dra. Tica Font – 25 de febrero 2021

Asociación Española De Investigadores Por La Paz (Aipaz)-España

Moderadora: Marisol Luna Leal

Planteó su exposición en tres bloques: el concepto de paz, el concepto de no violencia y los retos en el ámbito jurídico con la no violencia, no tanto con la paz.

El concepto de paz en la antigua Grecia, la llamaban *Irene*, y la sociedad griega concebía la paz como un estado de tranquilidad, de serenidad, de ausencia de perturbaciones, pero

de alguna manera fueron construyendo la paz como ausencia de hostilidades, de ausencia de guerra entre ciudades, de alguna manera se encuentran dos vertientes: una especie de armonía interior y una especie de armonía social. Los griegos se mantenían en paz con los miembros de su sociedad, no disfrutaban de ese estado los no miembros de la sociedad griega.

En la sociedad romana, la paz se encontraba y mantenía en el interior del imperio, mientras en su entorno tenían ausencia de paz, o mantenían una paz armada.

Las sociedades tenían un marcado concepto jurídico, buscaban la ausencia de rebeliones, también como un equivalente de seguridad, si hay paz hay seguridad.

Con la finalización de la guerra fría, acuño otro termino a la paz, u otro adjetivo a la paz, la de liberar o vencedor de la guerra fría, estos vencedores podrían imponer tres elementos: la democracia, sistema económico capitalista y el libre mercado.

Señaló que el sociólogo noruego Johan Galtung, designo el triángulo de la violencia, la paz negativa esta definida como la ausencia de guerra, lo contrario de la paz es la violencia. [esto es:] La violencia directa, la violencia estructural (sociedad) y la violencia cultural.

La paz social es un concepto dinámico, que siempre esta en construcción, y se realizan acciones transformadoras.

No violencia es un método de acción sociopolítica, método de transformación social que se pueden utilizar actos de omisión o actos de comisión o combinación de actos. Se divide en dos bloques: la no violencia ética o la no violencia holística y la no violencia pragmática; ambas violencias apuestan por superar los conflictos, persiguen una sociedad justa e igualitaria, a través de métodos pacíficos, y rechazan el uso de la violencia física para combatir una injusticia. La utilización de técnicas como huelgas, manifestaciones, entre otras como instrumentos, a garantizar la lucha de trabajadores, ganar derechos civiles, etc.

De alguna manera la violencia civil como derecho, y sería un acto público, no violento, consciente, contrario a la ley, cometido con el propósito de un cambio de ley o en los programas de gobierno. Por qué un acto público, porque no sería un acto clandestino, sería con responsabilidad que asumes desobedeciendo. Todas las acciones no violentas, la gente se tiene que preparar, yo veo que nuestra cultura es la de negarlo todo; nadie ha hecho nada, los políticos tampoco, las personas tampoco, yo creo que tiene tanto la desobediencia.

(...) analizado el régimen jurídico, yo creo que sí, que se están sentando las bases de que cuando haya acciones de carácter no violento, hacia el poder político son más punibles, que cuando estas acciones se hacen en la esfera económica, en la esfera económica estas acciones hacia el mundo empresarial o de la economía, no están tan penalizadas que cuando se llevan a cabo acciones hacia diríamos el ámbito político".

Del anterior discernimiento argumento que "eso lo deben decir vosotros, si lo que yo digo es cierto o, es una percepción errónea o no". De esta manera concluyo su charla.

3. Tabla de la quinta y sexta mesa de trabajo

25 FEBRERO 2021	
MESAS 5: DERECHO DE EXCEPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS (II)	
Moderadora: Laura Hernández-Universidad Salamanca	
PARTICIPANTES	PONENCIAS
• Rocío González Pereyra-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla-México	Derecho, mujeres y trabajo en México en tiempos de pandemia
• Melissa Gómez Díaz-Instituto de Investigaciones Jurídicas-México	El concepto de superación general de los derechos fundamentales en el estado de excepción
• José Alfredo Gómez Reyes-Universidad de Quintana Roo-México	La Justicia en Línea como Derecho Humano de acceso a la Justicia
• Karla Elizabeth Mariscal Ureta-Universidad Autónoma de Querétaro-México	Derechos humanos y ciudadanía sostenible en tiempos de Pandemia, una aproximación mexicana
MESAS 6: CULTURA DE PAZ Y RESISTENCIAS NO VIOLENTAS. NOVIOLENCIA. NO-VIOLENCIA	
Moderadoras: Laura Hernández-Universidad Salamanca / Alejandra V. Zúñiga Ortega-Universidad Veracruzana	
• Alejandra V. Zúñiga Ortega-Universidad Veracruzana-México	La construcción de una Cultura de Paz en México
• Ivette Mecott Rivera-Universidad Autónoma de Nuevo León-México	El heteropatriarcado como factor disruptor en la cultura de la paz. Una aproximación desde las nuevas masculinidades
• Julio Cabrera Dircio / María Ivonne Hernández Muñoz-Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México	La mediación un recurso constitucional para construir la Cultura de Paz
• Rebeca Contreras López-CEDEGS. Universidad Veracruzana-México	La justicia restaurativa, una vía para promover la cultura de la paz
• Carlos Alberto Prieto Godoy / Juan Miguel Salcedo Rosales-Universidad Autónoma de Nayarit-México	La función mediadora del ACNUR en la justicia administrativa y los derechos humanos
• Lorena Zaleta Morales-Universidad Autónoma del Carmen-México	La formación de una cultura para la paz en la educación
• Juan Pablo Luna Leal-Universidad Humanitas. Campus Querétaro-México	La mediación escolar ante la pandemia generada por el virus SARS-COV-2
• Laura Patricia Hernández Vigueras-Instituto de Mediación Veracruzano-México	Reflexiones sobre Mediación en la principal Institución Socializadora: la familia
• Guillermo Sánchez Vaca-Facultad de Derecho. Universidad Veracruzana-México	Marginación y cultura de paz
• Austria Paola Barradas-Facultad de Derecho. Universidad Veracruzana-México	Mediación penal en línea y la justicia restaurativa: perspectivas y retos en México
• María Elena Reyes Monjarás / Daniel Antonio González Hernández-Universidad Autónoma del Carmen-México	La Cultura de Paz: Desafío para México
• Adriana Segura Casados-Universidad del Golfo de México-México	La justicia social y la resiliencia como mecanismos para La Paz
• Ysela Rejon Jiménez / Francisco Javier Tejero Bolón-Universidad Autónoma del Carmen-México	Una cultura para la paz desde la educación

COMENTARIO LEGISLATIVO

"Crisis constitucionales"

Recibido 08 abril 2021-Aceptado 23 abril 2021.

Conferencia dictada por el Dr. José Ramón Cossío Díaz*
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Investigador asociado en El Colegio de México-CDMX
jrcossio@colmex.mx

¿De qué crisis estamos hablando? Y ¿Frente a qué podemos considerar que estamos en una crisis? Déjenme colocarme unos momentos antes de Covid, porque el Covid me parece que va a ser una dimensión completamente distinta de los fenómenos, pero antes del Covid ¿teníamos ya una crisis constitucional o no? Insisto, y si la teníamos ¿Como podríamos detectarla?

Cuando yo estuve haciendo el doctorado en España, en el año 86 al 88, que son los años que la maestra Ángela recuerda, era un momento, yo diría glorioso del constitucionalismo, no solo en España que estaba muy bien con ese primer tribunal constitucional fantástico, presidido por Don Manuel García Pelayo, Rubio Llorente, Tomas y Valiente, Díez Picazo, el señor Arozamena, también he de decir, era un tribunal maravilloso, pero creo que pasaba en el mundo una evolución, una revolución muy importante y estábamos poniendo, o estaba poniendo el constitucionalismo, yo era un estudiante nada más, un énfasis muy importante en desarrollar la idea central del estado social y democrático de derecho.

En aquellos años estábamos todos leyendo desde los viejos autores como Forsthoff, que le gustaba mucho a don Pedro, y estábamos tratando de comprender ¿Qué era el estado

* Conferencia dictada por el Dr. José Ramón Cossío Díaz, el día 24 de febrero 2021 en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Constitucional Iberoamericano. Organizado por la Universidad de Salamanca, la Universidad Veracruzana, el Instituto Universitario Euromexicano, Estudios Institucionales José Ramón Cossío Díaz de la Red Internacional de Cuerpos Académicos y la Cátedra Mahatma Gandhi. Se abordaron los temas: Crisis constitucionales, Estados constitucionales de excepción y Cultura de paz, durante los días 23 al 25 de febrero de 2021.

social? Aquella vieja disputa entre don Eduardo García de Enterría y don Pablo Lucas Verdú; en fin, era un momento fantástico donde se estaba discutiendo. Sin embargo, me parece, y lo digo con mucha franqueza y en un sentido autocrítico, nos conformamos mucho con el modelo, pensamos que el modelo por ser virtuoso se iba a desarrollar siempre, se iba a, como dicen los filósofos de la historia, “con una flecha ascendiente en el tiempo que nos iba a llevar a una situación fantástica”. Me parece que en esos años entró en vigor, empezó a discutirse mucho más el tema de los derechos humanos, pasamos entonces según mi apreciación, de entender que la Constitución era norma jurídica como quería don Eduardo, con su magnífico y muy influyente libro, a entender que las instituciones, toda la parte que se llamaba orgánica de la Constitución iba a tener una evolución propia y me parece que nos enfocamos muchísimo en el tema de los derechos humanos y creo que ahí hemos estado los que hacemos derecho constitucional, muy entretenidos, no es que tenga nada de malo, pero me parece con toda franqueza y esto es lo que decía, que descuidamos la parte orgánica, que no le pusimos tanta atención. Nos metimos a discutir qué se podía hacer y qué no se podía hacer en clave de derechos humanos, y todo lo que se refería a las instituciones, al menos estoy hablando de una parte importante de mi país y creo que de otros países también, en materia de parte orgánica ¿Qué tenían que hacer los órganos?, ¿cómo los íbamos a reforzar?, ¿cuáles iban a ser las garantías que les íbamos a dar?

Y me parece que en ese estar entretenidos fue cuando nos empezaron a aparecer en diversos países del mundo estos movimientos que se han llamado populistas; y creo que éste es uno de los elementos clave de entendimiento de la crisis del derecho constitucional pre Covid.

Creo que estábamos todos hablando o muchos hablando de derechos humanos, de sus posibilidades, más en términos retóricos que en términos funcionales, más en términos de lo que debía ser, que en términos de sus posibilidades normativas para hacerlo, creo que aquí estábamos en esta situación y cuando empiezan a aparecer estos fenómenos del populismo me parece que no supimos reaccionar los constitucionalistas para decir “¡hey!”.

Los populistas sean de izquierda o derecha, o cualquiera, todo el espectro de clasificaciones que se han hecho en este sentido; seguramente ustedes han leído el libro de Pierre Rosanvallon que, es espléndido sobre populismos y toda su clasificación, todos sus elementos y ahí me parece que nos tomaron, déjenme poner una expresión boxística “con la guardia un poco, bastante baja”.

¿Por qué? Porque no nos percatamos que estaba viniendo un fenómeno político, que podía tener el potencial peligro de desconfigurar algunos elementos constitucionales muy importantes.

La parte experta sobre el sistema parlamentario, puede resistir un sistema parlamentario al populismo, pueden resistir los sistemas jurisdiccionales y de justicia constitucional, en particular a los populismos, puede el ejecutivo o puede la administración en su relación con el ejecutivo, ¿puede sostener estos cambios en la forma de pensar y de hacer política o no? y ahí me parece que seguimos discutiendo, seguimos alentando, cosa que por lo demás está muy bien, de ninguna forma es una crítica esta posición, al tema de los derechos humanos.

Entonces seguíamos hablando en clave de derechos humanos como si solamente los derechos humanos pudieran contrarrestar, pudieran frenar, pudieran limitar el avance del populismo y me parece que los populismos tienen una característica muy importante para estos efectos, que es que los populismos no hablan en clave de derechos, los populismos hablan en clave de clientelas, pero clientelas que están configuradas, que están alentadas, que están apaciguadas, que están hechas desde el poder político para generar, insisto, clientelas y votos, pero no están generadas en términos de ciudadanos empoderados, como titulares de derecho que exigen a los órganos del estado y en particular a la administración.

Creo que este es un tema para mí, muy importante, entonces por un lado había un menos desarrollo, no quiere decir que no hubiera un desarrollo, pero menos desarrollo constitucional en la parte orgánica; por otro lado, estábamos hablando mucho de la parte dogmática como se llamaba antes, simplemente lo digo para abreviar, no quiero extenderme en este tema, no es el punto importante de la charla, entonces me parece que cuando llegan los populismos, esta parte orgánica la teníamos debilitada, y esta parte dogmática, pensamos que por sí misma iba a ser suficiente.

Allí hay elementos bien interesantes para entender una crisis, no en el pensamiento constitucionalista, creo que el problema estaba en la forma en que los constitucionalistas no nos estábamos ocupando de la realización del constitucionalismo en las prácticas constitucionales; creo que descuidamos (todos) la forma de selección de los magistrados de las cortes supremas o de las cortes constitucionales, creo que se vino un deslavamiento de muchos de los criterios. Mi impresión es que al final, antes del Covid, muchos países, desde luego el mío estaban viviendo o estamos viviendo una implosión en la materia misma de derechos humanos.

¿Por qué? Porque nos hemos ido conformando más con los moldes que con las realizaciones normativas empíricas (derivadas de las normativas) en los propios derechos. Creo que ahí hay un problema, para mí, central; ahora bien, llega Covid, y aquí si me parece entonces que el constitucionalismo está enfrentando y va a enfrentar después de Covid, una serie de problemas de una gran magnitud.

¿Por qué? Porque me parece que Covid nos toma en una situación muy interesante para el constitucionalismo, primero interesante como problema metodológico-teórico y después como realización práctica. Nos estamos dando cuenta en muchos países, sé que no hablo por todos, pero en muchos países, que la realización del estado social, (que la pensábamos mucho más elaborada, mucho más desarrollada) es un desarrollo pobre.

No tenemos los elementos de seguridad pública, de seguridad social, ni tenemos elementos sanitarios para resistir una crisis, no es solo el hecho de que la crisis sea de una magnitud enorme pues eso se comprendería, sino que los sistemas de salud no tenían la capacidad, desde antes de Covid, para satisfacer una gran cantidad de demanda de salud y ahora muchísimo menos.

Creo que este es un problema importante, estábamos muy acostumbrados a suponer que teníamos un derecho a la salud, que ese derecho era razonablemente bueno, que valían unas acciones colectivas o que valían algunos litigios de interés público, unos litigios estratégicos para que ese sistema de salud evolucionara y nos hemos dado cuenta que no es así; que por más litigio estratégico, que por más sistema de salud, no está no solo resolviendo los temas de Covid, sino una serie de elementos asociados con otras enfermedades, propias de cada una de nuestras comunidades, ahí me parece que hay un problema central.

Otro problema que me parece que nos va a llamar la atención, a plantear una crisis, es este tema que a don Pedro de Vega le llamaba la atención y le gustaba tanto, que era el que tenía que ver con los estados de excepción, alarma, sitio o como se llame en cada uno de los países.

¿Realmente la manera en que están configurados estos distintos elementos de suspensión de derechos, temporalmente las restricciones a las libertades son suficientes para enfrentar una condición pandémica? O ¿No son suficientemente buenos?

Yo sé que en varios países, España desde luego, tienen gradaciones para poder enfrentar fenómenos. Nosotros en México no tenemos gradaciones, es un solo disparo, se suspenden los derechos y sus garantías, y se le otorgan facultades al presidente, no sé si el tema es

grande, es chico, etcétera. No hay una gradación, solo hay un impacto directo en esta materia.

Creo que aquí en lo que está pasando en México y en otros países de la región, creo que al menos éstos y en España, estamos encontrando que esa herramienta tan grande está resultando insuficiente para graduar, para modular, para modelar, inclusive los fenómenos que se nos están presentando con Covid.

Y el tercer tema, solo me quiero detener en este más de Covid ¿Cuál es precisamente esa relación entre los derechos con los que cuentan los ciudadanos? O ¿cuáles son las condiciones de otorgamiento de beneficios y de prestaciones en condiciones clientelares por parte del poder público? Yo creo que este es otro tema central desde mi punto de vista para la crisis del constitucionalismo que se está viviendo.

A final de cuenta somos ciudadanos titulares de derechos, o somos recipientarios de favores, bienes, prestaciones, de modo alguno despreciables, de los titulares temporales del poder público. Aquí si nos va a venir una reconfiguración, creo que algunos de estos elementos estaban dados desde antes de Covid, lo debo decir, es al menos el caso de México, pero Covid nos ha recrudecido extraordinariamente muchas de las crisis que estamos viviendo.

Ahora ¿Qué va a suceder después de Covid previsiblemente? Lo primero es que yo no tengo claro, y me lo he preguntado varias veces con amigos antropólogos, con varios de ellos, particularmente con un mexicano excepcional que es antropólogo en Estados Unidos desde hace muchos años, Claudio Lomnitz, ¿cómo vamos a recoger como humanidad y como vamos a recoger dentro de nuestras respectivas nacionalidades, la experiencia Covid? Vamos a regresar más religiosos, estoy hablando de la totalidad, más allá de las creencias de cada cual, o vamos a regresar más laicos, vamos a regresar más celebratorios o vamos a regresar más recogidos.

Vamos a culpar de los problemas que se están presentando al gobierno o vamos a culpar a la naturaleza, cuáles van a ser los mecanismos de adscripción de las responsabilidades por todos estos elementos que se dan. Yo sé que van a decir que nadie es responsable o todos. No, pero estoy hablando de una parte profunda, estoy hablando de una parte humana, antropológica, de cómo vamos a recoger esta experiencia hacia los próximos años. Para mí esto es un tema central de nuestra convivencia en los próximos años.

Y ahí si el constitucionalismo tiene muchas cosas que decir, esta experiencia, esta huella histórica que previsiblemente nos va a dejar la pandemia, cómo va a trasladarse a la

reflexión constitucional, cómo va a trasladar a la práctica. Vamos a reconsiderar las filosofías políticas que sustentan el constitucionalismo, las vamos a ajustar o no las vamos a ajustar, este me parece que es un elemento esencial.

Dos, me parece que vamos a salir en una condición de gran polarización de un conflicto geopolítico, en parte, que ya se estaba dando, pero me parece también recrudecido también por las vacunas. Las vacunas, vean ustedes como están teniendo un elemento de nacionalidad: la vacuna china, la vacuna rusa, la vacuna inglesa, la vacuna alemana, la vacuna estadounidense, etcétera. Los países, algunos como Venezuela, México, han hablado de crear su propia vacuna, a la vacuna acá se le quería poner el nombre de patria, es decir, creo que va a haber resortes nacionalistas que van a brincar, que van a desahogarse, a destacarse con motivo de la pandemia. Segundo elemento importante.

Tercer elemento. Las condiciones de pobreza de afectación económica que vamos a tener van a ser muy altas, en esto me parece que es bastante obvio, acá en mi país, me parece que en otros países de la región vamos a tener muchísimas personas desempleadas, con daños patrimoniales muy altos y también vamos a tener secuelas en los temas de salud, en los temas de administración. Si tomáramos solo esas experiencias, entonces ¿Cuáles van a ser las cargas al constitucionalismo siguiente? ¿cómo va el constitucionalismo a enfrentar el tema de los nacionalismos o de las nacionalidades? Si ustedes lo quieren ver así, cuando su vocación es una vocación por lo universal ¿Cómo va a enfrentar el constitucionalismo la condición de pobreza?

Cuando el constitucionalismo de nuestro tiempo requiere de altos niveles de contribuciones para tener altos niveles de redistribución y poder darles a las personas un conjunto de prestaciones materiales que les hagan más llevaderas su vida ¿cuál va a ser la condición de polarización entre los partidos políticos o inclusive la reflexión que los seres humanos vamos a tener hacia la forma de ejercicio del gobierno? Me parece esto que son temas bien, bien interesantes, para reflexionarlos en los próximos años.

¿Qué creo yo que es lo que nos conviene?, ¿qué creo yo que es lo que nos interesa? O mejor, no es que nos convenga ¿Qué es lo que debiéramos hacer? Me parece que tenemos que recuperar en primer lugar y no abandonar los que son los elementos básicos del constitucionalismo en nuestro tiempo, por trivial que esto parezca, no podemos abandonar la idea del estado social y democrático de derecho social, como realizaciones materiales por vías de prestaciones otorgadas por el Estado a los ciudadanos con base en el derecho que tiene el ciudadano; segundo, no podemos perder en modo alguno los conceptos de las

libertades, más allá de las predicas populares, más allá de los llamados a unos nacionalismos, a veces muy "chabacanos", que se nos están presentando.

Tampoco podemos perder de vista la idea democrática, no podemos, me parece, entrar en procesos o ciclos plebiscitarios, donde los líderes, las respectivas fuerzas políticas sustentándose en bases o en llamados carismáticos como quería Max Weber y contaba también el profesor de Vega, nos pudieran estar haciendo, entonces, sí creo que tendríamos que recuperar todos estos elementos materiales de constitucionalismo con independencia de la forma en que se vaya a experimentar el proceso humano que estamos viviendo con diferencias, desde luego, en los distintos países.

En segundo lugar, me parece que no podemos abandonar la idea central, importante de que los derechos no son beneficios otorgados por los titulares temporales del poder público, sino que son formas constitutivas, déjenme llamarlo así de la antropología constitucional de nuestro tiempo. Creo que esos derechos humanos no podemos transformarlos, por suave que sea este discurso, por discreta que sea la forma o indiscreta, en un sistema simple y sencillamente de otorgamientos gratuitos y generosos de los titulares, insisto, temporales del poder público.

Me parece que debemos mantener la idea de que estas son conquistas, si las queremos ver de un punto de vista, que son formas constitutivas del ser humano desde otro, etcétera, pero que tienen una titularidad y esa titularidad es ejercible frente al estado, esa titularidad es exigible frente al estado y no simple y sencillamente son beneficios gratuitos como dádivas por nuestra participación electoral o como resultado de nuestro sometimiento a nuestros líderes populistas. Este me parece que es un tema central de nuestro tiempo porque estoy viendo que se va deslavando suavemente este tema de los derechos humanos.

En la misma condición de los derechos humanos, si me parece que tenemos que reivindicar la condición de lo que ya existe, mi impresión, insisto, es que más allá de retóricas, más allá de que todos traigan o traigamos en la boca, en la punta de la lengua, los derechos humanos, si me parece que los tenemos que hacer práctica jurídica, práctica constitucional, y no conformarnos con su retórica. Creo que en varios países el profesor Mouin, él en Estados Unidos, en varios acá, en fin, él está insistiendo, o estamos insistiendo en esta suave contracción de los derechos humanos.

Y aquí viene un punto importante, si efectivamente se van a dar estas condiciones de afectaciones a las economías nacionales, a la economía global, a los bolsillos, a los empleos,

me parece que entonces se va a volver a la idea de las viejísimas normas programáticas, qué más quisiéramos, nos dirán desde el poder que los derechos sociales se realicen, pero como estamos en una situación tan comprometida, pues no va haber esa posibilidad; ahí si me parece que entra en vigor todo el sistema tributario con tasas progresivas, con modos distintos de recaudación, para después tener la redistribución, de otra forma al hacerse chica la economía, al hacerse chica la hacienda pública de cada uno de los Estados nacionales, nos dirán como no hay dinero, no hay derechos. Creo que este es un peligro muy importante que vamos a confrontar en unos años en una situación post Covid, que insisto, tiene que ver con este acortamiento.

Y un último punto, creo que nos hace falta también volver a la parte orgánica de la constitución, no sé si estoy hablando por todos los países, mi experiencia no llega a todos ustedes, desafortunadamente, pero si en el caso concreto de México y de algunos otros países, creo que, si tenemos que volver a repensar, a reconfigurar instituciones, no desde luego para desaparecerlas, nadie podría pensar en una cosa tan absurda, que la podríamos reelaborar. Hace tiempo que por lo menos acá que no hemos pensado todo este cambio institucional, estos ajustes institucionales, la forma de generar frenos y contrapesos para poder estar trabajando sobre estos elementos.

Y termino. Creo que lo más interesante, tenemos que volver a la idea de que la constitución es norma jurídica, parece una trivialidad y no lo es.

¿Por qué? Porque me parece que el encanto de nuestro tiempo va a querer ir por la vía de que la constitución es parte de ese decisionismo schmittiano, que otra vez nos enseñaba el profesor de Vega, que es parte de la elaboración de los partidos políticos, que es parte del manejo de quien representa a la nación o quien se encara como su vocero más importante y como consecuencia de ello, la constitución puede entrar en una situación de maleabilidad, donde, esa política nos diga que sí y que no se puede hacer con la constitución, dada la voz, dada el acercamiento, dada la empatía del líder político con su electorado.

Este me parece que es un tema central para todos nosotros, hoy lo damos por asumido, nos parece un tema pacífico, como dicen en España, un tema que no tendría importancia, pero yo sí creo que reivindicar el papel normativo de la constitución para, desde esa constitución, realizar todas las funciones constitucionales, por obvio que parezca, me parece que va a ser central cuando el poder político en estos tiempos convulsos diga que es el órgano interpretante, que es el órgano generador, que la génesis constitucional viene de

él y de su cabeza; me parece que la oponibilidad de la constitución como norma, del texto de los órganos que la interpretan, va a ser un medio importantísimo de defensa.

Creo que si cedemos así sea suavemente, así sea conceptualmente en la idea de que finalmente la constitución ha dejado, o puede dejar, o en ciertas partes o en ciertas emergencias, de tener una condición normativa, me parece que estaríamos cometiendo un gravísimo pecado, no en términos religiosos desde luego, pero un gravísimo pecado constitucional, porque estaríamos cediendo la primera línea de defensa y desde ahí se nos desmoronaría todo.

Entonces, estamos en un momento y, termino con esto, interesante, esto ya es la obviedad ¿No? Hemos, todos, escuchado en estos días el adagio chino de "dios nos libre de tiempos interesantes", pero todos estamos viviendo tiempos interesantes en este momento; y, si me parece que como red y como comunidad que trabaja en el derecho constitucional, con el constitucional, para el constitucional, debiéramos entender que antes del Covid había unos problemas, que Covid nos está generando otros problemas y que después del Covid me parece que van a arreciar esos problemas, por las dinámicas poblacionales ideológicas que se nos van a ir presentando

ENFOQUES JURÍDICOS



Universidad Veracruzana

